﴿ الجزء الحادى عشر من ﴾

كتاب

المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب اللقيطة ﴾

﴿قال﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطة فالمتفلسفة يقولون لايحل له أن يرفعها لانه أخذ المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لايحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه لايحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطمع فيها بعد ما يرفعها فكان في رفعها معرضاً نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها الى مالكها ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويعرفها والتزام أداء الأمانة بفرض بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الامانة فانه يمتثل فيه الأمر قال تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامتثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان (أحدهما) مايعلم ان مالكه لا يطلبه كقشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالكه يطلبه فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده في يده بعد ماجمعه كان له أن يأخذه منه لان القاء ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تمليكا من غيره فان التمليك من المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به مع بقاء ملك المبيح فاذا وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعاً لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك ما ألقاه بعد ماجمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوّم من غير اتصال شيء آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لا يصيرمالا متقوّماً إلا بالدباغ فاذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه مازاد الدباغ فيه فأما (النوع الثانى) وهومايعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال فى اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتى به يعتمد قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمنقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم فى كل شيء وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقلة المال وكثرته حتى قالوا فى عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقته ويتملك به ماله خطر والتعريف لايلاء العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

وفيما دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفى دون الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه فى كف فقير وشيء من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لايكون ولكنا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبنى علي غالب رأيه ويعرف القليل الى أن يغلب على رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فاذا لم يجيء صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها علي مالكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجده والا فباتصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه فى الابتداء فان قيل كيف يضمنها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصدق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط لحق محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتقيد بشرط السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله أن يضمنه ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته مخمصة في تناول ملك الغير وذلك غير مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى جارية بسبعمائة درهم أو بثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضي الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبى فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال هكذا يصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبى فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود رضي الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فمملوكة لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها بمال معين لانه صح من مذهبه ان النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها الى صاحبها ان رضي بصنيعه وإلا فالثمن دين عليه كما كان وعن أبي سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أديت مكاتبتي ثم أتيته فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضي الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديناً في ذمة المستقرض يؤمن فيه التوى بالهلاك وكذلك بالجحود لانه متأكد بعلم القاضي ولهذا كان للقاضي ولاية الاقراض في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى القاضي لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدى مكاتبته من ربحها فأذن له عمر رضى الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة في ذلك لانه أمره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه انما أمره بذلك لانه كان سبيلها التصدق بها بعد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة وذكر في الأصل عن سويد بن عقلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان واناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا أن يأخذوه وكنت أحوجهم اليه فأخذته فسألت عن ذاك أبى بن كعب فحدثنى بالمائة دينار التى وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فاخبرته ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخلطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذه سويد لينتفع به فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكنا نقول هذا كان فى ذلك الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصلاح فاذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذه ليؤدى الأمانة فأما فى زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الامين يأخذ الخائن فيكتم من صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضى الله عنه ثم منعن من ذلك في زمن عمر رضى الله عنه وكان صواباً وفى الحديث الذى رواه أبيّ بن كعب رضى الله عنه دليل لما قلنا ان التقدير بالحول في التعريف ليس بلازم ولكنه يعرفها بحسب مايطلبها صاحبها ألا ترى ان المائة دينار لما كانت مالا عظيما كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعى رضى الله عنه في ان للملتقط أن ينتفع باللقطة بعد التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوّز ذلك لأُبيّ رضى الله عنه

وهو كان غنياً وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكنا نقول يحتمل انه لفقره وحاجته لديون عليه فأذن له في الانتفاع وخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه قال رزق ساقه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكاءها احتياطاً حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن صباح قال وجد رجل لقطة أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها في الموسم فان جا صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخيره بين الأجر وبين الثمن يعنى القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفى هذا دليل على انه ينبغى للملتقط أن يعرفها فى الموضع الذى أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف فى الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف فى مجمع الناس فى الموضع الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبي اسحاق عن رجل قال وجدت لقطة حين أنفر عليّ بن أبي طالب رضى الله عنه الناس الى صفين فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتي قدمت على عليّ رضى الله عنه فأخبرته بذلك فضرب يده على صدري وفى رواية قال لى انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدتها فان وجدت صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخيره ان شاء اختار الأجر وان شاء ضمنك ومعنى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أى عرفتها سراً وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضى الله عنه حين ضرب يده على صدره وقال ما قال انك سليم القلب تطمع فى مال الغير وهذا من دعابة علي رضى الله عنه وقد كان به دعابة كما قال عمر رضى الله عنه حين ذكر على رضى الله عنه للخلافة أما انه ان ولى هذا الأمر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعابة به وفيه دليل ان التعريف سراً لا يكفى بل ينبغى للملتقط أن يظهر التعريف كما أمر على رضى الله عنه الرجل به وانه ينبغى أن يعرفها فى الموضع الذى وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكى ان بعض العلماء وجد لقطة وكان محتاجاً اليها فقال فى نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها فى المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه فى البئر وجعل يقول وجدت كذا فمن سمعتموه ينشد ذلك فدلوه على وبجنب البئر رجل يرقع شملة وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ن جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يجئ صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما فى حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتمليك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التمليك وأيهما ضمنه لم يرجع على الا خربشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصدق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنيا فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه كما روينا ولما روى عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضى الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصدق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والمعنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما يثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان فى الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعته ببدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا فى ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملا لنفسه ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية فى الابتداء فكذلك

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فأما حديث عليّ رضى الله عنه فقد قيل ما وجده لم يكن لقطة وانما ألقاها ملك ليأخذه على رضى الله عنه فقد كانوا لم يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحى فلهذا تناولوا منه على ان الصدقة الواجبة كانت لا تحل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فلهذا استجاز على رضى الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل اللقطة وهى دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى وزنها وعددها ووكاءها وأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبى حتى يقيم البينة عندنا وقال مالك يجبر على دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق الى وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت الاستحقاق لذى اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه يتعذر على صاحبها إقامة البينة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت منه فسقط اشتراط إقامة البينة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكنا نقول اصابة العلامة محتمل فى نفسه فقد يكون ذلك جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الى غير المالك ضامناً فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكمية وله أن يتوسع فيدفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منه بها كفيلا نظراً منه لنفسه فلعله يأتى مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع على الآخذ منه لانه يخفى شخصه فيحتاط فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البينة انها له فله أن يضمن الملتقط أما بعد التصديق يؤمر بالدفع اليه لان الاقرار حجة فى حق المقر لكن الاقرار لا يعارض بينة الآخر لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها للذى أقام البينة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الى غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع على المدفوع اليه وان صدقه باصابته العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً على الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً فى إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحقه انسان من يده رجع على البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع اذا جاء الى المودع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لان المديون انما يقضي الدين بملك نفسه واقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير واقراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وان صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذى حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون اقرار الملتقط ملزماً إياه الدفع اليه ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشيء وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعد ما يثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه ان هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به الى البينة وانما يقضى القاضى على المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا انما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكما فان كانت اللقطة مما لا يبقى اذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها لان المقصود من التعريف ايصالها الى صاحبها فتتقيد مدة التعريف بالوقت الذى لا يفسد فيه لان بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في ايصالها اليه وقد بينا ان التصدق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير الى ذلك اذا خاف أن تفسد العين واذا وجد شاة أو بعيرا أو بقرة أو حماراً فحبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البينة أنه له لم يرجع عليه بما أنفق لانه متبرع في الانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضى فأما أمر القاضى بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضى على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والامر بالانفاق من النظر لانه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فان رفعها الى القاضى وأقام البينة انه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البينة والأمر بالانفاق بعدها في اللقيط ثم انما يأمر بالانفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لانه لو أمر بالانفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فان لم يجئ صاحبها باع الشاة ونحوها لان في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تعذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فنؤاجره وننفق عليه من أجره لان بهذا الطريق يتوصل الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضى المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض نظر له فاذا باعها اعطاه القاضي من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضي فيقضي دينه بماله لان صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضي يعينه على ذلك فان لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة انها له قضى له بها القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط فان قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لان ملكه في الدابة حي وبقى بتلك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيحبسها كما يحبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط اذا لم يقم البينة هل يأمر القاضي بالانفاق أم لا والصحيح انه ينبغي للقاضي أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرتك بالانفاق عليه لان في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبداً أو صبياً حراً ضالا لافرده على أهله لم يكن في شئ من ذلك جعل لانه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجعل لرد الابق حكم ثبت نصا بخلاف القياس بقول الصحابة رضي الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والضال ليس في معنى الآبق فالآبق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والضال لا يزال يقرب من صاحبه حتى يجده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن لانه يحسن اليه في احياء ملكه ورده عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولانه منعم عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزالت اليه نعمة فليشكرها وذلك بالتعويض وأدنى درجات الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيرا ضالا أخذه يعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعي الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لا تصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فأما في زماننا لا يأمن واجدها وصول يد خائنة اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضييعها كما قررنا في سائر اللقطات واذا باع اللقطة بأمر القاضي لم يكن لصاحبها اذا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضي بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وان كان باعها بغير أمر القاضي فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له علي المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري يخير بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين باعه غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشترى بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خبيث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته باداء الضمان قلنا لا كذلك بل كما رفعه لبيعه بغير أمر القاضي صار ضامناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضامناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشترى قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له أن يجيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد آبق فقد وجب لي الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال أو قال أنا أرسلته في حاجة لي فالقول قول المولى لان الراد يدعي لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تغيب بالاباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين أخذها قال أخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون فى أخذها للرد علي المالك مندوب الى ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير الاخذ باذن المالك فلا يكون سببا للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعدياً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أى ضمان ما أخذ والآخذ مطلقاً من يكون عاملا لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط ضامن وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعا قال صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من في أخيك سوأ وأنت تجد لها فى الخير محملا والذى يحل له شرعاً الأخذ للرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه (والثانى) ان صاحبها يدعى عليه سبب الضمان ووجوب القيمة فى ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما يقولان كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملا لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان آخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن من الاشهاد فان لم يكن متمكناً من الاشهاد لعدم من يشهد أو لخوفه على أن يأخذ منه ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثانى أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً للضمان عليه شرعاً فلا يصدق فى دعوى المسقط بعد ظهور سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندى شئ فمن سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علىّ فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق علي ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها فى التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه فيدعيها لنفسه ويخاصمه الى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان فى هذا اختلافاً ظاهراً وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علىّ وان لم يقل عندى لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان كانت عنده عشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سببا لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة الى مالكها ورد المغصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزما للحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم انها ليست له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انسانا يطلبها دله عليها وقد يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه عجزاً أوطمعا فى ذلك ردها الى مكانها فلهذا لا يضمن شيئا وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالغاصب واعادتها الى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مسقطا للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برأ بالاتفاق فزفر رحمه الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذى أخذه وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده فى حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطا للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوبا فلبسه ثم نزعه وأعاده الى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قميصا فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامنا وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامنا اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للتزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون التزين به وذكر هشام عن محمد رحمهما الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون التزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للتزين فقال يكون أحدهما للختم لا للتزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان معروفاً بانه يلبس خاتمين للتزين فهذا يكون استعمالا منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفا فتقلد به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فحينئذ تقلده بهذه اللقطة يكون حفظاً ولا يكون استعمالا فلا يصير ضامناً لما قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الغاصب ضامن لها لحاجته الى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذى حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلي هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل ففرت الدابة وجه قول محمد ان الذى حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجد شرط الذهاب إلا أن ما هو علة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الإعتبار شرعا وفي مثله يحال الاتلاف علي صاحب الشرط فيصير ضامنا كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشي في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالما به كان مضافا الى الحافر حتى يكون ضامنا وكذلك من شق زق انسان فسال منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المانع فقط فأما علة السيلان كونه مائعا ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافا الى الشرط وعلى هذا لو قطع حبل قنديل فسقط فعمل القاطع في ازالة المانع فكان ضامنا لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في ايجاب الضمان ولكنه معتبر في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابت في سير ارساله مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئراً في الطريق فجاء حربي لا أمان له وألقى فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في ايجاب الضمان عليه ثم كان معتبراً في نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسئلة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه حتى اذا كان ما في الزق جامداً ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فان قيل كيف يستقيم القول في هذه الفصول بان عمله في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزيلا للمانع هو شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد آبق فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه الله إلا أن يكون العبد مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيداً في بيت مغلق فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة للمانع قبل فتح الباب واتمام ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضي الله عنه في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب كان مانعا ومن أزال هذا المانع فهو متعدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يد مسلم فادعاها رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لانى لا أدرى لعلها ملك المسلم وشهادة الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بلقطة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولا ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملا لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسئلة الوديعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أودعنيه فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الاول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالوديعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه باقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً علي سرقة الوديعة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان باقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الوديعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئا لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

كتاب الاباق

﴿قال﴾ الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمار افراده الى مولاه واعادته الى مثواه إحسان ولمشتاق وانما جزاء الاحسان الا الاحسان فالكتاب لبيان الجزاء المستحق لمراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبى باغاثة اللهفات ومنع المتعدى

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالساً عند عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لجاء رجل فقال ان فلانا قدم بإباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجراً فقال عبد الله رضي الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهماً . وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لم ينكر عليهم اطلاق القول بأنه أصاب أجراً وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماؤنا رحمهم الله . وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه تبرع بمنافعه في رده علي مولاه ولو تبرع عليه بعين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضاً بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافعه ولان رد الآبق نهي عن المنكر لان الإباق منكر والنهي عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلا ولكنا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضي الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه يثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضي الله عنه دينار أو اثنا عشر درهماً وقال علي رضي الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه اذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهماً فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والأصل أن الصحابة رضي الله عنهم متى اختلفوا في شيء فالحق لا يعدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقاويلهم برأيه ولكن يرجح قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في ايجاب أصل الجعل ورجحنا قول ابن مسعود رضي الله عنه في مقداره ﴿فان قيل﴾ كان ينبغي أن يؤخذ بالأقل في المقدار لانه متيقن به ﴿قلنا﴾ انما لم يؤخذ بالأقل لان التوفيق بين أقاويلهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالأقل علي ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالأكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسره عمار بن ياسر رضي الله عنه فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقاويلهم وجب المصير اليه ثم الأخذ بالأقل انما يكون فيما يقولونه بآرائهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأي لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل عليه الوحى فاذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا بالأكثر هذا هو النهاية فى التمسك بالسنة والأخذ بأقاويل الصحابة رضى الله عنهم فقد قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه بحر عميق لا يقطعه كل سابح ولا يصيبه كل طالب . وليس فى هذا الباب شئ من المعنى سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كى يرد الناس بعضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى معالجة ومؤنة فى رده وقلما رغب الناس في التزام ذلك خشية ففى ايجاب الجعل للراد ترغيب له فى رده واظهار الشكر فى المردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا يوجبه على ماروى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجئ بالآبق . ولم نأخذ بقوله فى هذا وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار اذا أخذه خارجاً من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعون درهماً فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله فى هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قلدوه القضاء وسوغوا له المزاحمة معهم فى الفتوى ألا ترى أنه خالف علياً رضى الله عنه فى رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقاً رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهما فى موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس رضى الله عنهما الى قوله فعرفنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابى * ثم الشافعى لستحسن برأيه فى هذه المسئلة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم عبدى فله كذا فرده أحدهم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ يأباه القياس لان العقد مع المجهول لا ينعقد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعى رضى الله عنه ولا حجة له فى قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً لغير معين وهو لا يقول به فانه لو قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً باعيانهم فرده أحدهم لايستحق شيئاً ثم هذا تعليق استحقاق المال بالخطر وهو قمار والقمار حرام فى شريعتنا ولم يكن حراماً فى شريعة من قبلنا *وان قال* اعتبر قول المالك لاثبات أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك ﴿قلنا﴾ لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى * ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمرأى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه فعرفنا بهذا انه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت افصاحا. ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقاً فأبق منه نحو حي فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاختصموا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى علي رضي الله عنه فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ماأبق منه ولا ضمان عليه وانما نأخذ بحديث علي رضي الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه اذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه *وفي هذا دليل على ان الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمل له منهم إلا انه كان من مذهب شريح تضمين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي رضي الله عنه انه لا يضمن الاجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه (وقوله) يحلف العبد الاحمر يريد به الراد سماه أحمر لقوته وقدرته على أخذ الابق وسمى الابق أسود الخبث فعله وهو من دعابة علي رضي الله عنه قال واذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البينة انه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولا. نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الآبق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إباقه فيرفعه الى السلطان ليعزره ويأخذه السلطان منه ليحبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البينة واذا أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا انه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك ﴿فان قيل﴾ كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك ﴿قلنا﴾ يستحلفه صيانة لقضاء القاضي والقاضي مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتر أو موهوب له فاذا

حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وان أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئاً ولكن ان لم يأخذ أحب الىّ هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الىّ أن يأخذ منه كفيلا وان لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في أخذ الكفيل من الوارث هذا شئ احتاطه بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي سليمان رحمه الله قولهما لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح ان فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة علي الولادة في ملكه فيكون مقدماً علي من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحما له أو يقيم البينة على انه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي ترك العمل الا بحجة معلومة لأمر موهوم أرأيت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أكان يمتنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط مجتهد فلا يكون مسيئاً وان لم يكن للمدعى بينة وأقر العبد انه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلا . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما قالا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكه غير مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه كفيلا بحق نفسه حتى اذا حضر مالكه وأراد أن يضمنه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فلهذا لا يحتاط باخذ الكفيل وان لم يكن للعبد طالب فاذا

طال ذلك باعه الامام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة انه عبده فيدفع اليه الثمن لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن ينقض بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبق ثانياً فكان النظر في الانفاق عليه من بيت المال لانه معد للنوائب وهذا من جملة النوائب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضي فكذلك في نفقة الامام من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة النصارى وان أقام بينة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضي بولاية شرعية فكأن المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا أن يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها فحينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه بمنزلة البينة فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده ومعها ولد يدعى نسبه كان مصدقاً في ابطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية آبقاً بالغاً أو غير بالغ فرده الى مولاه فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجعل أربعون درهما ولا يزاد على ذلك وان بعدت المسافة لان تقدير الجعل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن مسعود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأي لا تجوز ولان أدنى مدة السفر معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعا كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان أخذه في المصر أو خارجا منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شيء له لان التقدير الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجعل انما يستحقه راد الآبق وتمام الاباق بمسيرة السفر ففيما دونه هو كالضال ولهذا لا يتعلق شيء من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفى الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بيناهذا فى اللقطة فكذلك في الآبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قدظهر من الآخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعى مايسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه أبق من مولاه أو ان مولاه أقر باباقه فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل واذا أعتقه المولى في إباقه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ فى الآبق لان الاباق لا يزيل ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يجز لان البيع لايصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقد وقدرته على التسليم تنعدم بالاباق ولان في بيعه معنى الغرر لانه لا يعلم بقاؤه فى الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر فالغرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلهذا صح منه اذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يجز لان الهبة لاتتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق فى يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمى الذى بقى له وحق القبض فيما يوهب للصغير اليه وسواء كان الصغير فى عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه فى عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه فى يده حكما لان اليد الحكمى كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالاباق لايوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أنه يكون متردداً في دار الاسلام أو في دار الحرب *ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمي باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق ما دام في دار الاسلام بقوة الامام والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لايجوز كما رواه قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب واذا أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يجز وقد صار محجوراً عليه استحساناً وفي القياس لا يصير محجوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان ما به صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته لاينعدم بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي البقاء بطريق الاولى . وجه الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه ما دام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإباقه فإما أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الاباق لدلالة العرف أو يصير محجوراً بعد الاباق لدلالة الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة الاذن كالتصريح بالاذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدى انسان يكون إذناً له في التناول دلالة فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وحبسه وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار الحرب بموته الامام حكما فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جناية الآبق والجناية عليه وفي حدوده كالحكم فيها في المصر لان الرق فيه باق بعد الاباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الامام حتى يحضر مولاه فاذا حضر قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان العبد في الاسباب الموجبة للعقوبة كالحر بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فيبقى هو في النفسية على أصل الحرية

لان العقوبة تثبت عليه بالبينة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما يثبت باقراره لا يشترط حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما يثبت بالبينة بل أولى لان البينة حجة متعدية الى الناس كافة والاقرار حجة قاصرة فى حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بمحضر منه لان العبد ليس بخصم عنه والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز وبيان هذا أن للمولى حق الطعن فى الشهود حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعا فى اقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاه مسلماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولو لم يكن للمولى حق في هذه البينة لكان لا يعتبر دينه فى ذلك والعبد ليس بخصم عن المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى فى ذلك فلا ينتصب خصما عنه وبه فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن فى اقراره فلا يكون فى اقامة العقوبة عليه بالاقرار تفويت حق المولي ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن فى الاستيفاء اتلاف مالية المولي والبينة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء فى العقوبات من تتمة القضاء ألا ترى ان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به فاذا كان تمام قضائه متناولا حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه موجب بنفسه قبل قضاء القاضى وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه حضور المولي واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الي قاضى بلدته وأقام عليه شاهدين وطلب أن يكتب به الي قاضى البلد الذى هو فيه لم يجبه الي ذلك في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم نقض القاضى المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبي يوسف يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى *والحاصل ان كتاب القاضى الي القاضى فى الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوي والشهادة تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفى العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب القاضى الي القاضى بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك ينعدم في كتاب القاضى الى القاضي فأما فى العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضا وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليثبت الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً فى البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي الي القاضي كما في سائر العروض ولكن استحسن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبق من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر علي المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي فلولم يقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البينة بهذه الصفة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فالأخذ به أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبنى علي الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فالمولى لا يرسلها من بلد الى بلد عادة والاباق في الجوارى يندر أيضا * ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضي شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الي قاضي البلد الذى هو فيه محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته مافي الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم فى عنقه بالرصاص للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلا ثم يأتى به المدعي الى البلد الذى فيه شهوده ويكتب معه كتابا الى ذلك القاضي فاذا أتى به الى هذا القاضى أعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضى بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفى الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضى المكتوب اليه أولا ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لودفعها اليه لايمتنع من وطئها وان كان أمينا فى نفسه لانه يزعم أنها مملوكته ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضى وربما يظهر العبد لغيره اذا جاء به الى القاضى الكاتب فالحلية والصفة تشتبه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قد يتفقان فى الحلية والصفة أرأيت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بها مع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبيح فلهذا أخذنا بالقياس فان كان القاضي باع العبد الآبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشترى ثم ادعاه الرجل وأقام البينة ان عبداً اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذى باعه القاضى لم يقبل ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق مافي يد القاضي من الثمن ، انما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضى من هذا الرجل هو عبد هـذا فحينئذ يقضى له القاضى بالثمن لانه أثبت الملك فى ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام المدعى البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثمن كل واحد منهما بدل عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبدا آبقا فباعه بغير اذن القاضى ثم أقام المولى بينة أنه عبده فانه يسترده من المشترى والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية له فان ولاية تنفيذ البيع له فى ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضى بعد ماثبتت الولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضى كان البيع باطلا وان كان العبد هلك عند المشترى فللمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لان البائع متعد في حقه بالبيع والتسليم والمشترى بالقبض لنفسه فاذا ضمن المشترى قيمته رجع علي البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل لاعلى ملكه بكسب خبيث * رجل أقام البينة عند قاض من القضاة بان العبد الذى باعه قاضي بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه الى ذلك القاضى الذى باع الآبق فهذا جائز ويدفع ذلك القاضى اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضى عنده بالبينة لان المدعى بهذه البينة لايريد أخذ عين العبد فان بيع القاضى قد نفذفيه ألا ترى انه لوأقام البينة عنده دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده اثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا والبينة التى يقيمها علي الدين سواء فلهذا يكتب القاضى له بذلك ويقضى المكتوب اليه بخلاف ماسبق * (فان قيل) * الثمن عين فى يد ذلك القاضي كالعبد * (قلنا) * نعم ولكنه معلوم بذكرمقداره فلاتقع الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد. واذا وجد الرجل عبداً أو أمة آبقا وهو يقدرعلي أخذه فانه يسعه تركه وأحب الىّ أن يأخذه ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لايسعه تركه لان النهى عن المنكر فرض علي كل من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنسانا يغرق لم يسعه الا أن يخلصه اذا قدرعليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى. ولكنا نقول هو يحتاج في رده الي معالجة ومؤنة فكان فى سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمه ولانه فى الترك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لايؤوى الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

وبظاهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحماق أهل التصوف لا يسعه أن يأخذه فلا
أقل من أن يسعه الترك لظاهر الحديث (واذا) أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد
فدفعه اليه بغير أمر القاضي فهلك عنده ثم استحقه آخر ببينة أقامها فله أن يضمن أيهما شاء
لكون كل واحد منهما خائناً في حقه فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد
منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصبا لا مالكا وللغاصب الاول حق الرجوع على الثاني بما
يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار
اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى. وان كان لم يدفع الى الأول حتى شهد
شاهدان عنده فدفعه اليه بغير حكم ثم أقام آخر البينة عند القاضي فانه يقضى به لهذا لان
البينة الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبينة التي قامت في
مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص ببينة تقوم في مجلس القضاء وان أعاد الأول بينته
لم ينفعه أيضاً لان اليد في العبد له وبينة ذي اليد في الملك المطلق لا تعارض بينة الخارج
وما يكتسبه العبد الآبق بالبيع والشراء و لاجارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقه
واذا لم يكن المكتسب أهلا للملك فمولاه يخلفه في ملك الكسب لملكه رقبته وان أجره
الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال لانه في ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى
الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانه بعقده صير ما ليس بمال مالا فان المنافع لا تأخذ حكم
المالية الا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله
كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه ولكن ينبغي له أن يتصدق به لانه
حصل بكسب خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا المال غلة عبدك وقد سلمته لك
فهو للمولى لانه أخذ بالاحتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء. فان عند الشافعي رضي الله عنه
هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمنعه من تمليك ماله منه طوعاً ثم يحل للمولى
أكله استحسانا وفي القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به فلا
يملك الآخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسن وقال وجوب التصدق به كان لخبث
دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم
الى المولى يزول ذلك الخبث فكان له أن يأكله استحسانا لانه كسب عبده وفي القياس
لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل تمحض ذلك العقد منفعة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شئ فلهذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بعقده بأخذها فيدفعها الى المولى. واباق المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف اباق المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب فى نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقيقة المعنى ان الاباق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج فى الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بآبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد فى المكاتب فان حق المولى فى بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصر مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون فى الرد احياؤه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محييا له * ويجوز عتق الآبق عن الظهار اذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عتقه فيه على الوجه الذى ينفذ حال كونه في يده *(فان قيل)* الآبق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى *(قلنا)* المستهلك منه حكما ماليته لا ذاته والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدإ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس فى النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منفعة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدإ بل هذا من وجه تعجيل لما استحقاه مؤجلا ويجوز بيع الآبق ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشترى لقيام يده فيه فلهذا جاز بيعه منه واذا أبق عبد الرهن فرده رجل فى حياة الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالاباق ثم قد حيي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

رهناً على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يرده حتى يتحقق التوى سقط دين المرتهن فعرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لاحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الانفاق تمكن من رده ويبقى جميع دينه فعرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لاحياء المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق وللذي جاء به أن يمسكه حتى يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقاً بماليته فيحتبس به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بعد ماقضى القاضي بامساكه فلا ضمان عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد) أبق وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فالقول قوله ولا شئ عليه لان وصول يده الى العبد لايكون دليل وصول المال اليه مالم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى لانه يدعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبقت من مولاها فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء على ان الآبق الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فمن اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

بالقيمة وللمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعليّ رضى الله تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الابق اليهم بالأخذ فاذا ملكوها ملكها المشترى أيضاً وقد استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى فى استردادها والجعل واجب في رد المدبر وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن ﴿ فان قيل ﴾ فأين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحياء المالية فى أم الولد خصوصا عند أبى حنيفة ﴿ قلنا ﴾ نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقبة ولكن له مالية باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا يكون راده محييا للمولى مالية باعتبار الرقبة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان كان على المدبر سعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فرده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب أو الحر فأما اذا وصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك * وان كان الآبق بين رجلين أثلاثا فالجعل بينهما على قدر أنصبائهما وجوبه باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان آبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عنائه وعناؤه فى رد الكبير أكثر منه فى رد الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الآبق الى مولاه فلما نظر اليه أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضا له باعتاقه ألا ترى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضا وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضا له لما نفذ تصرفه فيه بالتمليك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثة أيام فعلي المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن ينتهى به الى مولاه فالجعل للآخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا شئ للأول لان تمام السبب بايصاله الى المولى والأول ما أوصله الى المولى فانتقض السبب فى حقه باباق العبد منه قبل تمامه بالايصال الى المولى فلا جعل له وأما الثانى فقد

أتم السبب بايصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الأول مع الثانى ورداه من مسيرة يوم فللأول نصف الجعل تاماً ويرضخ للثانى علي قدر عنائه لانهما تمما السبب بايصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثانى الى الفعل الأول وباعتبار هذا الضم يكون راداً له من مسيرة سفر فله نصف الجعل تاماً والثانى انما رده من مسيرة يوم فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فلهذا استحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا فى سبب الاستحقاق للجعل وهو الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان فى استحقاق الجعل . وان كان أحد الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة فى حق المولى وان كان العبد الآبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما فى كسبهما بمنزلة حق الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحيا مالية العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما وكذلك ان كان الآبق لصبي فالجعل فى ماله يؤدى عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالية حصلت له (عبد) جنى جناية ثم أبق فجاء به رجل فالمولى مخير بين الدفع والفداء اذا كان قبل اباقه فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد عمل له فى احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه تبين ان الراد أحيا حقهم فان نفس العبد مستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحيا حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يحبسه عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يحبسه عن المولى (عبد) أبق الي بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلا جعل له لانه انما رده لنفسه فان المشترى قد يكون قاصداً الي تملك المشتري فيكون هو غاصباً فى حق المولى لا عاملا له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتريه ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه يعمل للمولي فى الرد ولكنه الطريق الذى يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع فى ذلك كما كان متبرعا فيما ينفق عليه بغير أمر القاضى وكذلك ان كان أبق الي دار الحرب فى حق الراد هو والماخوذ فى دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل فجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل فى تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك ديناً فى تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بامساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقى بين الغرماء لان حق الغرماء فى ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت مالم يستوف الجعل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضا فان كان الذى جاء به وارث الميت وقد أخذه وسار به ثلاثة أيام فى حياته وأوصله الي المصرفات المولي قبل أن يرده عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لاجعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالايصال الي المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جعل له والايصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سببا لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل فى شئ هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك فى العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله فى الرد وقد تم ذلك فى حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان ايصاله الي المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة فى المحل وانما الذى لا يتحقق تسليم العمل الي غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلما الي المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل. يوضحه أنه باحياء المالية يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو أوصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة مالو رده عليه فى حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات. واذا جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لايساوى أربعين درهماً ففى قول أبى يوسف الأول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبى يوسف الآخر رحمهما الله له الجعل تاماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المالية للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالية التى حييت له ثم الراد ماذون من جهة المولي فى ايصال المنفعة اليه لا فى إلحاق الضرر به وايجاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان فى ايجاب الأربعين علي المولي ضرر بين فينبغى أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولي وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان مادون الدرهم

من المكسور لايجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا باتفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في ايجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر الى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه ان مالية رقبته وان كانت دون الأربعين فمالية كسبه الذي يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد بينا ان ذلك يعتبر لايجاب الجعل ابتداء فلأن يعتبر لتكميل الجعل كان أولى واذا كان على العبد دين فجعله على مولاه اذا أراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وان أبى بيع العبد واستوفى صاحب الجعل جعله وكان ما بقى من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم مما اذا كان على العبد دين جناية سواء لان المستحق هناك الدفع بالجناية وهنا البيع في الدين واذا أخذ الرجل عبد أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة أخذت عبد زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل اذا لم يكن في عياله لان ملك أحدهما منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه احياء المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر الأجانب ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جعل له لان رد الآبق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن دينا وان لم تكن مستحقاً عليه ديناً ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك لا يستوجب الجعل برد آبقه وكذلك المرأة مع الزوج لان كل واحد منهما له بسوطة اليد في مال صاحبه ويعد خيره خير نفسه ولان خدمة الزوج مستحق على المرأة ديناً حتى لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذي يطلب آبق امرأته عادة . فأما اذا وجد عبد ابنه فان كان في عيال ابنه فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعلا آخر وان لم يكن الأب في عيال الابن فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحق على الأب دينا ولا هو سائغ له شرعا ولهذا لو استأجر أباه ليخدمه فخدمه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الاخ له الجعل اذا لم يكن في عيال أخيه وان كان في عياله فلا جعل له لانه انما يعوله وينفق عليه لهذا ونحوه واذا أبق عبد اليتيم فجاء به الوصى فلا جعل له لانه هو الذي يطلب آبق اليتيم عادة وهو الذي يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذى جاء بالآبق مولاه من الجعل على عشرين درهما جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجعل أربعون درهما جاز منه أربعون ويطرح الفضل لان حقه مقدر بالأربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتق شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه. واذا أبقت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لان الاباق من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وهى الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعلان ثمانون درهما لان الاباق تحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جعلا كاملا باعتبار كل واحد منهما . واذا رجع الواهب فى الهبة بعد ما رد العبد من اباقه وسلمه الى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجوع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد فى الجعل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب المفقود

﴿ قال ﴾ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى إملاء. المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله وأهله فى طلبه يجدون ولخفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد * والاسم فى اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشيء أى أضللته وفقدته أى طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه * وحكمه في الشرع انه حي فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال فانه علم حياته فيستصحب ذلك مالم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في ابقاء ما كان على ما كان غير معتبر فى اثبات مالم يكن ثابتا وفى الامتناع من قسمة ماله بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفى توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لماله بهذا الظاهر ولهذا لا تتزوج امرأته عندنا وهو مذهب على رضى الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قوله في امرأة المفقود انها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ ابراهيم كما قال ﴿ قد سمعنا ان امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشئ هى امرأة ابتليت فلتصبر ﴾ وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضى الله تعالى عنه في الابتداء ثم رجع الى قول علىّ رضى الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضى الله عنه فيقول الظاهر أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف على حقيقته خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضى سنة لدفع الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين فلهذا تتربص. ولا نأخذ بهذا لان نكاحه حقه وهى حىّ في ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا زوجته من ان تتزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة اذ المرأة لا تحل لزوجين فى حالة واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع مالم يقم على موته دليل موجب له . والتقدير بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لابتلاها بأشد من هذا . فاذا لم يظهر خبره فظاهر المذهب انه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فانه يحكم بموته لان ماتقع الحاجة الى معرفته فطريقه فى الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع والنجوم فانهم يقولون لايجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه فى هذه المدة فيموت ولكن خطأهم فى هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة فى طول عمر بعض من كان قبلنا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول . وعن أبى يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكى انه لما سئل عن معنى هـذا قال أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشرا فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحنى من كثر الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقى هكذا وعقـد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه هكذا وعقـد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطايبة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز فى الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين . وكان محمد ابن سلمة يفتى في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه فى نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره ﴿وذكر﴾ عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمهما الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثنى حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذنى نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم فى عتق فأعتقونى ثم أتوا بى قريباً من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عنى فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرنى عمر رضى الله عنه بين أن يردها عليّ وبين المهر. وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هـذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته * وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله فى ان الجن قد يتسلطون على بنى آدم وأهل الزيغ ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمى لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الادمى من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسماً كثيفاً من موضع الى موضع ولكنا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل فى رأس الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضاً فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك. وكأن عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله فى امرأة المفقود لما تبين من حال هذا الرجل. وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على مذهب عمر رضى الله عنه فى المرأة اذا نعى اليها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج الأول حياً انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه عنه الى قول على رضى الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنقضى عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه الله فيقول قول على رضى الله عنه أحب الى من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضاً لانه تبين انها تزوجت وهى منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحللات بل هى من المحرمات فى حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها مع الثانى . واذا اختار الأول المهر لكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع المهر الى الأول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فعرفنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمنكوحة اذا وطئت بالشبهة. وذكر عن عبد الرحمن بن أبى ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن ثلاث قضيات الى قول على رضى الله عنه عن امرأة أبى كنف والمفقود زوجها والمرأة التى تزوجت فى عدتها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا. وأما حديث أبى كنف فهو ما رواه ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدتها لم يدخل بها فأنت أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لى اليها حاجة فخلوا بينى وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير بكتاب عمر رضى الله عنه فعرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة فى حقها مالم تعلم حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثانى لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علىّ رضى الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوحة سواء دخل بها الثانى أو لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا كان يستبد به . والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد بامساك ملكه من غيرأن يحتاج الى علم غيره قال ﴿واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضى وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته﴾ لما بينا انه حى فى حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضى لا يشتغل بقسمة ماله ﴿فان قيل﴾ كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب ﴿قلنا﴾ بأن يجعل من فى يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيما فى هذه الولاية واذا قامت البينة علي من ينصبه القاضي فيما قضى بموته ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن يجعله ميتاً حكماً لانقطاع خبره فيقسم ماله وان لم تقم البينة على موته كالمرتد اللاحق بدار الحرب ﴿قلنا﴾ هناك ظهر دليل الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب فى حق من هو فى دار الاسلام كالميت ولم يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكماً ولان هناك لوظفر به الامام موته حقيقة بان يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكماً فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى هنا قال ﴿وتفسير المفقود الرجل يخرج فى سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه ولا يأسره العدوّ ولا يستبين موته ولا قتله﴾ فهذا مفقود لا يقضى القاضىّ فى شئ من أمره حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنياً فلا نفقة له فى ماله ما خلا الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة فى مال الحى سوى الزوجة لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق فان كانت له غلة جعل القاضى فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضى فى غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضى يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضراً قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم فى ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك. والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه وللقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب. ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه في زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظا لنسله. وللقاضي ولاية فى ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلا فهو مستقيم أيضا إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقها قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر فى الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعا لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطالب ذلك وليس هنا خصم طالب فلهذا يسعه أن لا يأخذ كفيلا ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد فى حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئا مما لا يخاف عليه الفساد من ماله في نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظرله فلا يبيع شيئامن ذلك وهو فى الانفاق على من سميناهم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضا ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئا من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه الفساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلهذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساده * وهذا بخلاف الوصى في حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئا من العروض وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلابنه أن يبيع شيئا من ماله من العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع العروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن * وجه القياس أنه لا ولاية للأب في مال ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه اذا كان حاضراً والحاضر والغائب في حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت له ولاية التملك بالاستيلاد لم يفترق الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاد جارية الابن لحاجته الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاد لبقاء نسله ولهذا تملك هناك بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله كحال الوصي في حق لوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ لماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع بقاء أثره كما لو مات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموت وبقي أثره ببقاء الوصي فان كان للمفقود دنانير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبراً أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف عليه الفساد من غلته ومتاعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد فبيعهما باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شئ واليهما حق استيفاء النفقة دون الحفظ وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقهم فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقراً بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضي عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار يده فيتعدي القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديعة سواء والكلام في الدين أظهر لان اقرار المديون يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها . والجواب في الفصلين جميعاً استحسان اذا كان مقراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البينة عليه من طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكرا للزوجية فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح عليه. وان كانت الزوجية والمالية معلومين للقاضي فعلم القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما المودع من الوديعة فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن الانفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلا يتقاضي دينه ويجمع غلاته ويؤاجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظرا منه للحاضر والغائب جميعا للغائب بحفظ ماله وجمعه وللحاضر بوصوله الى حقه وهي النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويقبض ويخاصم من يجحد حقا من عقد يجرى بينه وبين الوكيل لان ما وجب بعقده فهو أحق بقبضه ألا ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط وحفظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعني بهذا القضاء على الغائب بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم من غرمائه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

لان ذلك من الحفظ . وان لم يكن أوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضي به فحينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه ﴿ فان قيل ﴾ المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو وديعة أو شركة فى عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعيب أو مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البينة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما الوكيل فلأنه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلأنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا انه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده * واذا رجع المفقود حياً لم يرجع في شيء مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من ماله وغلته ودينه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنانير أو دراهم فى وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئاً من ذلك وكذلك ان كان فى ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان فى ماله ثياب فلبسوها للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ماسوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضى لايبيع شيئا من ذلك للانفاق عليهم فكذلك لايملكون بيعه وانما لايبيع القاضي مالايخاف عليه الفساد فى النفقة لان في بيع ذلك فى النفقة حجرا على الغائب وأبو حنيفة لايرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر على من لزمه حق فذلك عند ظهور تعنته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لايقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لايرجع الى حفظ ملكه بل فيه نوع حجر عليه ولم يذكر فى الكتاب انه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الي قول شريح وقال لا يجيبها الي ذلك . فالحجة لقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لاتصير دينا إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه بقضائه شيئا من غير خصم عنه وهذا اذا كان النكاح معلوما له وان أرادت اثبات النكاح بالبينة لم يسمع القاضي بينتها عندنا لان البينة لاتكون حجة الاعلى خصم جاحد فما لم يحضر هو أوخصم عنه لايسمع القاضى بينتها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن تستدين وتنفق على نفسها فاذا حضر الزوج كلفها اعادة البينة عليه فان أعادت قضي على الزوج بما انفقت في المدة الماضية وان لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع احتياط فى حق الحاضر والغائب جميعا (واذا) أجر المفقود شيئا قبل أن يفقد لم تنتقض الاجارة بعدما يصير مفقودا لانه حي في ابقاء ما كان على ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة الى زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (واذا) فقد الرجل بصفين أو بالجمل ثم اختصم ورثته فى ماله اليوم فان هذا قد مات ألا ترى انه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان فاذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجمل) حرب كان بين على وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين على ومعاوية رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت الى وقت تصنيف هذا الكتاب كان أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذى فقد فى ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة أو أكثر لانه خرج محاربا ولا شك انه لايبقى فى مثل هذه المدة الطويلة ظاهرا • فان كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخا لامه وللمفقود عصبة فانى أنظر الى سن المفقود يوم مات الابن فان كان مثله يعيش الى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئا لبقائه حيا بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضا لان بقاء الوارث بعد موت المورث شرط لوراثته عنه فان الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت وما كان شرطا فما لم يثبت بدليل موجب له لايثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبقى لا موجب فلهذا لايرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود لعصبته الحى بعد ما يمضي من المدة مالا يعيش مثله اليه وان كان مثله لايعيش الى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت الميراث لابنه لان حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعى فاذا صار مال المفقود ميراثا له كان ذلك موروثا عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لأخيه لامه منه السدس والباقى لعصبته وان كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف الى أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشتبه الحال بمنزلة الجنين فى البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات* واذا فقد المكاتب وله مال وولد ولدوا فى المكاتبة وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسعاء أولاده فى بدل الكتابة بطريق الخلافة عنه بعد موته ولم يظهر لانه لا يستسعى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسعى ولده بعد ما يصير مفقوداً وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا فى المكاتبة وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة فى كسبه أن لو كان حاضراً فكذلك ينفق عليهم من ماله بعد ما يصير مفقوداً كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا فى المكاتبة هو أحق بكسبهم فتلزمه نفقتهم لان الغرم مقابل بالغنم فان مات ابن له ولد فى مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتاً فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أديت كتابة أبيه من ماله مستنداً الي حياة أبيه فلجهالة المستحق بقى موقوفاً وان كان ماله فى يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أتعرض له لانه لا يدرى لمن هذا المال ومالم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذى اليد بازالة يده* ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبة وهم كبار ان أباهم قد مات وماله فى أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا وجحد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذى يجحد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يعدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل المكاتبة كما لو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من المكاتبة حتى اذا عجز نفسه سقطت المكاتبة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق فى المال يبدأ بالاقوى فالاقوى عرف ذلك بقضية العقول

وشواهد الأصول. وكذلك الحر اذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه ويقسم الميراث بينهم اذا كان في أيديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر مالم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك اذا كان المال في يد غيرهم فصدقهم بذلك. وان جحد موته لم انزعه من يده الا ببينة تقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذي اليد وقولهم ليس بحجة عليه في استحقاق يده فما لم تقم البينة على موته لايخرج القاضي المال من يد ذي اليد. ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم أب هو وارث وبالظاهر لايثبت هذا الشرط فلهذا لايقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله. وكذلك ان كان مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفق على ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدرى لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لايرث من غيره مالم يعلم حياته حقيقة وقت موت مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر (قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعدها أولى ومراده بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في البينة التي أقامها المملوك على العتق. وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو ادعت امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو أوصى رجل للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أنفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط الاستحقاق الموصى له بقاؤه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفق على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فارتفعوا الى القاضي وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغى له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لايخرج شيئا من ايديهما لان القاضي لايتعرض لاخراج المال من يد ذي اليد الا بحضرة الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لايدعون لانفسهم شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لايدرى ان المفقود حي فيرث أو ميت فلايرث

فلهذا لايخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذى يعلم أنه له لان حق أولاده ثابت فى ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة فى ملكه واستصحاب الحال معتبر فى ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قدمات اخونا وقال ولد الابن هومفقود لان من فى يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لانا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان المفقود ان كان حيا فالميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان والباقى لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقى. فى يد ولد الابن من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانه لايدرى من المستحق لهذا الباقى. ولو كان المال في يد اجنبي فقالت الابنتان مات أخونا قبل أبينا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده المال بالمال للميت و بأن الابن مفقود فانه يعطى الابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقى موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذى في يده المال قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذى اليد فيما فى يده معتبر وقد أقر بان ثلثى مافي يده للابنتين فيجبر علي تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لانفسهم بهذا القول لايدعون شيأ ثم يوقف الثلث الباقى على يد ذى اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولوجحد الذى فى يديه المال أن يكون المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقى يخرج من يد ذى اليد فيوضع فى يد عدل حتى يظهر مستحقه لان ذااليد قد جحده وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان كان معروفا بالعدالة لان العدالة لاتتحرز زمن تناول مايزعم انه ملك بخلاف ماسبق فذو اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقى فى يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم أدفع

اليهم شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثا من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون النصف ميراثا من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلابد ان يقيموا البينة على موته قبل ابيه أو بعده ولاينفق عليهم من ذلك المال شيء وان كانوا محتاجين لانه لايدرى لمن هذاالمال ونفقتهم عند الحاجة في مال ابيهم والملك لابيهم في هذا المال لايثبت مالم تعلم حياته بعد موت الجد . فان كان المال ارضا في ايدي الابنتين وولد الابن فاقروا جميعا ان الابن قد مات قبل ابيه واقتسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا انه مفقود فان القاضي يمضي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول فكانت القسمة ماضية ولايقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لايلتفت الى قول المناقض . وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدى مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك لانه لايدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقر أنه ليس بوكيل له ولا وارث لانه حى ونقض القسمة بقول من لايدعى لنفسه شيأ لايجوز بخلاف مالو كان بعض الارض في يده لانه مدع لنفسه حقا وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير فأدرك . واذ ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضى بينهم قسمة مستقبلة باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيهم على القسمة بعد موت الجد لا يعمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى فلهذا ينقض القسمة بخلاف مالو كان القاضي هو الذى قسمه بين الحضور وعزل نصيب الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته في حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق الغائب والصغير ولو ماتت ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض له ولم أقف منه شيئا للمفقود لانه لايدرى أحى هو فيكون وارثا أو ميت فلا يكون وارثا وقد بينا انه لايتعرض ليد ذى اليد الا بمحضر من الخصم . وان كان ميراثها في يد

أجنبي لم أدفع الى أخيها منه شيأ لان شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوما بالحجة لايدفع الى الاخ من الميراث شيء وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم أقسم بينهم لان القسمة تبنى على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك مالم تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم اقسم للمفقود من ذلك نصيبا لان حياته بعد موتها غير معلوم ولم اقف له شيئا لان التعرض ليد ذي اليد لايجوز الا بمحضر من الخصم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم انه مات قبلها أو بعدها ويقسم مابقي بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضي لايشتغل بالقسمة لان فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفا حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لانا تيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذي اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ماسبق فان المال هناك في ايديهم ففي القسمة تمييز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهنا المال ليس في ايديهم فقضاؤه لهم بثلاثه ارباعه لايمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم * واذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لايرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لايقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لوكان عبداً لم يحبس له شيء من ميراث ولده لان الرق الذى يحرمه معلوم والعتق بعد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي وكذلك المرأة المرتدة فانها لاترث أحداً وكذلك الذمى يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيء لان سبب حرمانه معلوم فان الكافر لايرث المسلم . وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لا يرث الكافر فسبب حرمانه متيقن والله أعلم

كتاب الغصب

﴿ قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء ﴾

(اعلم) بان الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال . يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمته في الشرع بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالي (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال تعالي (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم ناراً) وقال صلى الله عليه وسلم لايحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم فى خطبته ألا ان دماءكم واعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهرى هذا في مقامى هذا (فثبت) أن الفعل عدوان محرم فى المال كما فى النفس ولهذا يتعلق به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين الا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به . فأما اذا كان مخطئا بان ظن المأخوذ ماله أو كان جاهلا بأن اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثما لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه فى الدنيا فثابت سواء كان آثما فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعا لجهله وعدم قصده والحكم الأصلى الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال صلى الله عليه وسلم لايحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به . ومن ضرورة كونه أحق بالعين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال فى ماله مقصود به يتوصل الى التصرف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وأتم

وجوهه رد العين اليه ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لايصار الى غيره الا عند العجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبرانا لمافوت على صاحبه لان تفويت اليد المقصودة كتفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر . فالكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل معنى أى فى صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * وبيان هذ ان المغصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالمكيل والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المغصوب منه فى العين والمالية وقد تعذر ايصال العين اليه فيجب ايصال المال اليه ووجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكنانقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل مااعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثانى اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك فى المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفى القيمة مراعاة المالية فقط فكان ايجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب فى الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى مجيء أوانه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق العجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب أو المستهلك ممالامثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذى يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفا عن رد العين وصار ذلك دينا في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لايوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدى الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان المغصوب

من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه فى جواز السلم فيها عدداً ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدى به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في العدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لايجرى فيها الربا لانها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لايصار الى القيمة لتعذر أداء المثل كما في العدديات المتقاربة ولكنا نقول المماثلة فى آحاد هذه الاشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المغصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لان آحاد هذه الاشياء لا تتفاوت في المالية انما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وان كان المغصوب من العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر ردّ العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضى الله تعالى عنها مع رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض ازواجه فضربت عائشة رضى الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلي الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضى الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضى الله عنه فى المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولكنا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فى عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فان كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيص علي اعتبار القيمة فيما لا مثل له * وتأويل حديث أنس رضى الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلي الله عليه وسلم * ومعنى قول على رضى الله عنه يفك الغلام بالغلام يعنى بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضى الله عنهما انهما قضيا في ولد المغرور انه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمهما الله قال من كسر عصى فهى له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فهى له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الاول المماثلة فى المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على العصى الصغيرة فانها من المعديات المتقاربة لاتتفاوت آحادها فى المالية كالسهام وما ذكر في الحديث الثانى محمول على العصى الكبيرة فانها كالمعديات المتفاوتة لان آحادها تتفاوت في المالية . ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لايمكن التقضي به بعد ذلك فأما اذا كان الكسر يسيراً فليس علي الكاسر الاضمان النقصان لانه غير مفوت للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن نقصاناً فى ماليته فعلية ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان شاء وهذا الحكم فى كل عين الا فى الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشاً كان أو يسيراً يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان متعذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر ملكه وزيادة وعلى قول الشافعى رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على ان من مذهبه أن للجودة فى هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال ألاتري أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تفويت الغاصب الجودة ومالا يتقوم شرعا فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من الملاهى والمعازف . ثم وجوب ضمان النقصان لايؤدى الى الربا فان حكم الربا يجرى بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصاً علي أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك فى المضمون ولكنا نقول لاقيمة للجودة فى هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء يعني في المالية التى ينبنى عليها العقد لانه لايجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فالاعتياض عنه جائز وبهذا فارق حال اختلاف الجنس . وثبوت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله فى العين واذا ثبت انه لاقيمة للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الأصل وهى متقومة مع الأصل تبعا فلهذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان المغصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبى البحترى ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال ان بنى عمك عدوا علي ابلى فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه اذاً نعطيك ابلا مثل ابلك وفصلانا مثل

فصلانك قال اذاً تنقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال بيني وبينك عبد الله فقال عثمان رضى الله عنه ثم فقال عبـد الله رضى الله عنه أرى أن يأتى هـذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل فصلانه فرضى عثمان رضى الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة فى أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضى الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هـذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل الصلح بالتراضى لان المتلف لم يكن عثمان رضى الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان غير مؤاخذ بجناية بنى عمه الا أن عثمان رضى الله عنـه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بنى عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بى وهذا لانه كان به فرط الميل الى أقاربه واليه أشار عمر رضى الله عنه حين ذكر عثمان رضى الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك ظاهراً منه ولهذا جاء الاعرابى يطالبه وانما غمزه بعض القوم بعبد الله رضى الله عنه لما كان بين عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وان الامام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه * وفيه دليل على أن رد مثل المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضي الله عنه وهذا لان المقصود هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه فى ذلك الموضع ولأداء الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الغاصب ﴿ وذكر ﴾ عن شريح رحمه الله أن مسلما كسر دنا من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر وبه نأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتمام احرازهامنهم بحماية الامام فانهم يعتقدون فيها المالية وانما يكون المال متقوماً بالاحراز والامام مأمور بأن يكف عنهم الايدى المتعرضة لهم فى ذلك لمكان عقد الذمة فيتم احرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك فى موضعه (ثم) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمىّ عنـد الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوى ماهو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر (واذا) غصب الرجل جارية تساوى ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وانجلاء البياض عن العين * وفى الكتاب بدأ ببيان الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث أمانة فى يده عندنا حتى لو هلكت من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعى رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لانها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدية فتحدث مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الأصل يكون بصفة الأصل والاصل مضمون عليه فكذلك ماتولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغصوب منه كالاصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغصوبة بمباشرة من الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير باثبات اليدلنفسه بغيرحق وقد كانوا في الجاهلية يتملكون بهذه اليد ويسمونه غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم وأثبت الضمان وبقى حكم الملك بها فى كل مباح كالصيد . ثم انما يملك الصيد باثبات اليد عليه فكذلك يجب الضمان باثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه إنسان كان القول قوله (والثانى) هو انه غاصب للولد تسبيباً فان غصب الام وامسا كها الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبيب هوفيه متعد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن بالاتلاف تارة وبالغصب أخرى وفى الاتلاف المسبب اذا كان متعديا يجعل كالمباشر في حكم الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك فى الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسبيباً ولا مباشرة لان حد الغصب الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير باثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتا ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتفويت شئ عليه وليس في الغصب تفويت العين فعرفنا أن وجوب الضمان باعتبار تفويت اليد عليه وذلك غير موجود في الولد لان التفويت بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ مالم يكن في يده وما كان الولد فى يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار الغاصب مالم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه بالرد فاذا منعه يتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضمونا عليه كالثوب اذا هبت

به الريح وألقته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه باثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الا بتفويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد باثبات اليد عليه. فأما الاموال فمحفوظة بالايدى فلا يكون اثبات اليد على المال اتلافا لشئ على المالك * يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان. وعلى هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لايضمن وعلي الطريق الاول هو ضامن ولا وجه لاثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوكه حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدى منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تفويت يده لانه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك ببيعه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامنا فأما الزيادة المتصلة فهى أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولايضمن الزيادة وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويزعم أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً ولكنا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان ليد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لا على حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منعها بعد الطلب ففى احدى الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفى الرواية الاخرى لا تصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لا تتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع فى حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة فى بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه فبهذا الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك • وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فان باعها وسلمها بعد ما صارت قيمتها ألفين بالزيادة المتصلة فهلكت عند المشترى ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشترى قيمتها يوم قبض العين وان شاء ضمن الغاصب لان المشترى متعد بقبضها لنفسه على طريق التملك وفى هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بينا انه كان متمكنا من استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة ما لو غصبها غاصب من الاول بعد الزيادة فان للمالك ان يضمن الغاصب الثانى قيمتها وقت غصبه • وفيه طريقان . أحدهما ما بينا • والثانى أن المولي باختياره تضمين الغاصب الثانى يكون مبرئا للغاصب الاول ولهذا لا يكون له أن يضمنه بعد ذلك وبهذا الابراء تصير يده يد المالك والغاصب الثانى مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفى درهم ولم يذكر فيه خلافا فى الكتاب (وروى) الحسن عن أبى حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبى حنيفة رحمهم الله انه ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها * وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان الزيادة حصلت فى يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها كما لو كانت الزيادة منفصلة وكما لو قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه بأى الشيئين شاء كما لو قتلها بعد الغصب * وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك ألا ترى ان من ادعى عينا فى يد انسان فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضى يقضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبته المشترى بالبينة قضى القاضي بالملك له فيكون ذلك استهلاكا

للملك علي المغصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان كالاستهلاك بالقتل * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب والغصب لا يتحقق في المغصوب لوجهين (أحدهما) ان الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الاسباب مطلوبة لاحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئاً فلا يعتبر كتكرار البيع بثمن واحد وانما قلنا ان ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لان ملك المغصوب منه باق بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاستهلاك اما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت الملك فيه حكما وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالاتلاف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالاتلاف (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الاصل لما قلنا ان الغصب بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الاول ولا وجه لابطال حكم الضمان الثابت بالغصب الاول بفعل الغاصب لان المسقط للضمان عنه نسخ فعله باعادته الى يد المالك لا اكتساب غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لان الزيادة تابعة للاصل فلا يثبت الحكم فيها الا بثبوته في الاصل ولان الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان الغصب ولانه لما ضمن الاصل بالغصب ملك الاصل بزيادته من ذلك الوقت فتبين أنه باع ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف ما اذا قتلها لان ذاك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالاتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك مفيد في حق الاصل لان الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة وبالغصب يجب على الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الاصل لكونه مفيداً ثم يعتبر في حق الزيادة تبعاً للاصل الا أنه اذا ضمن الاصل بالقتل لا يملكها لان ضمان القتل لا يوجب الملك فلا يتبين به ان الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا ان المغصوبة لو كانت دابة فاستهلكها الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات انه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمهم الله ان ذلك الجواب قولهم جميعا وجعل يفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الاصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق. قال رضى الله عنه والاصح عندى انه لافرق فى الفصلين عند أبى حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا قال وقد رأيت فى بعض النوادر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد الزيادة انه لايضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذا كان مفيداً وحكم الاستهلاك فى الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك المضمون به فالاستهلاك وان تحقق فلا فائدة فى اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل فى الآدمى فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثانى مفيدا وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا نثبت بهذا الكلام ان البيع والتسليم لايكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم *وان اختار المغصوب منه تضمين المشترى بطل البيع ورجع بالثمن علي الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين لم يسلم للمشترى بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فلهذا استرد الثمن من البائع ﴿رجل﴾ غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبر بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردهما لان الولد جزء من لاصل فيكون مملوكا لمالك لاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفى قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله هو ضامن لذلك وان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد علي قيمة الولد من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو بالابراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط ممن له الحق وهو برد لولد لايكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان بملك غير المضمون له لان الضمان لجبران مافات عليه وملكه لايكون جابرا لملكه ولايجوز ان يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة فى يده والفائت مضمون عليه فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (ألا ترى) انه لو دخلها عيب آخر فى يده وفى

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع قوائم شجرة انسان فنبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما نبت لان النابت ملك المضمون له بخلاف مالو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يجعل مؤديا للضمان به وبخلاف ماوقلع سنها فنبت مكانها أخرى أو صارت مهزولة ثم سمنت لان هناك انعدم سبب الضمان لان السبب افساد المنبت لامجرد القلع وقد تبين أنه ما أفسد المنبت ولهذا لو كان نبات السن بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهنا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد لايصلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمته لو حصل بعد الرد لم يتخير به فكذلك قبله * وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والثابت حكما كالثابت حسا أو أقوى منه . وبيان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزأ منها ثم رد ذلك الجزء مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته والدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يجعل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فاذا جعل باتحاد المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر الجواب عن كلامه فانا لانجعل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبرئه بانعدام سبب الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا المعنى * فان قيل * كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان * قلنا * لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء فى حكم الطهارة لا فى الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا فى حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما اذا كان فى قيمة الولد وفاء بالنقصان عند الولادة فكذلك اذا صار فيه وفاء بعد الولادة قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحادث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد فى المبيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة فى حكم الانجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهى بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة فى المبيع بعد القبض لا تعتبر فى انقسام الثمن فأما فى السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفائت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن هناك لا يشترط لايجاب الضمان بالقلع كون الاصل فى ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل فى ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفى قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ماذهب به القاطع وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم اتحاد السبب على ماقررنا * فان ماتت الام وبالولد وفاء بقيمتها ففى هذه المسئلة ثلاث روايات روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الغاصب لجبران حق المغصوب منه وذلك حاصل بالوفاء فى قيمة الولد وروى عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فأما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولو رد عين الجارية كان النقصان منجبراً بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب كاملة لوجهين : أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجباً للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابراً للنقصان بالولادة ولا قائما مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفائت جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفاً عن الفائت اذا كان الفائت بعض الاصل لاما اذا كان الفائت كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت الغصب ملك الاصل بالضمان من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا رد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفا فى حكم الانجبار به ﴿ قال ﴾ واذا جاء المغصوب منه يدعى جاريته فى يد الغاصب وهو منكر فأقام شاهداً أنها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على اقرر الغاصب بذلك لم يجز لانهما اختلفا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين . وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الغاصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر الغصب فالشهادة جائزة لانهما اتفقا فى الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احداهما بالشهادة بالغصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما انها جاريته وشهد الآخر انها كانت جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو الملك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه أبداً حتى يخرجه من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فعرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك فى الحال * وان شهد احدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر انها جاريته ورثها عن أبيه لم يجز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد الملكين متباين عن الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه والمشترى لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود به حكما لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء * وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو بهبة أو صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما فى المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو . وان شهدا أنها جاريته غصبها اياه هذا وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفا على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله مجيز

حال وقوعه يتوقف علي الاجازة وان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولكن الشرط لتمام العقد بالاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد) ذكر فى النوادر أن المدعى اذا طلب من القاضى أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا للبيع بهذا. وجه ظاهر الرواية ان الملك لذى ظهر له بقضاء القاضي لايكون أقوى من ملك ظاهر له وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالقضاء بطريق الأولى فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع صار الغاصب كالوكيل من جهته بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء وحق قبض الثمن الى الوكيل وهو أمين فيما يقبض. ألا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة لم يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولايشترط لنفوذ العقد بالاجازة بقاء الثمن لان الثمن معقود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك لايشترط بقاؤه لنفوذ البيع بالاجازة وكل ماحدث للجارية عند المشترى من ولد أو كسب أو ارش جناية وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشترى من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما فى نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة ثبت الملك له من وقت السبب لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء * فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه مقررا فيها وانما يملك الكسب والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشترى لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز المالك البيع عندنا وقال) ابن أبى ليلي عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعتاق قبض بطريق الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها وينفذ البيع بينه وبين المشترى اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبارا للحكمي بالحقيقي. ولكنا نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل قال صلى الله عليه وسلم لاعتق فيما لايملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف فى نفسه فلا يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان الموهوب له لو أعتق الموهوب قبل أن يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشترى بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغصوب منه أن يضمن المشترى ان شاء، فان أجاز المغصوب منه البيع بعد ما أعتق المشترى الجارية جاز البيع ولم ينفذ عتق المشتري فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفى الاستحسان ينفذ عتقه وهوقول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمدعن أبى يوسف عن أبى حنيفة (قال) أبوسليمان وكنا سمعنا من أبى يوسف روايته عن أبى حنيفة انه لاينفذ عتقه * وجه القياس ان هذاعتق ترتب على عقد توقف نفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشترى بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جوازه ويتم بموت البائع وبسكوته حتى تمضى المدة * والبيع الموقوف مختلف فى جوازه وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك ولايتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو اجاز العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشترى من المكره اذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشترى * يوضحه أن البيع والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل العتق لما بينهما من المنافاة فى حقه . والدليل عليه ان الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه والملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشترى هنا حتى ينفذ بيعه لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشترى هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى. وكذلك لو كان المشترى من الغاصب أعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم ينفذ عتق المشترى فكذلك اذا نفذ البيع باجازة المالك * وجه الاستحسان ان هذا عتق ترتب علي سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالاجازة كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة وهي مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث اذا فعل ذلك *وتقرير هذا الكلام ان العقد الموقوف سبب تام فى نفسه وانعقاده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فاذا أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لاضرر على المالك بانعقاد السبب لاضرر عليه فى تمام السبب لانه ليس من ضرورة اتمام السبب اتصال الحكم به فقد يتراخى عنه لان الاسباب الشرعية لاتنعقدخالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر الحكم عن السبب والضرر على المالك فى اثبات الملك للمشترى لان من ضرورته زوال ملكه فيتأخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لاعند الاجازة والنكاح ينعقد مع التوقف وما يمنع تمام السبب فالنكاح لايحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقابضا وافترقا ثم أجاز المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز ومايمنع تمام السبب لايكون عفوا فى الصرف بعد الافتراق كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشترى اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير قابضاً والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه كالقبض الحقيقى فى المبيع أو الثمن والدليل عليه ان رجلا لوقال للغاصب أعتق هذا العبد عنى بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولي لان سبب الملك هناك مضمر وهنا مفصح به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجازه المالك وهذا بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله علي انى بالخيار مقرون بالعقد نصاً وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سببا قبل وجود الشرط ولهذا لم يجز البيع قياسا لانه أدخل الشرط على السبب وفى الاستحسان يجعل الشرط داخلا علي حكم السبب فينعقد أصل العقد ويكون فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى انه لو قال اذا جاء عبدى فلله علي ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو قال لله عليّ ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان فى العقد الموقوف يثبت ملكا يليق بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما ترتب علي ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشترى علي ملك في المحل أصلا ومسئلة المكره قد منعها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول بيع المكره فاسد ولهذا لو أعتقه المشترى بعد القبض ينفذ عتقه والبيع الفاسد قبل القبض ضعيف غير تام فى حكم الملك كالهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف فى المحل فلهذا لا ينفذ عتقه وعتق المشترى مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض لا يصير به قابضا وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء موجب وهو شراء القريب فانه اعتاق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعتق منهي له ألا ترى ان المشترى لو باع المبيع ثم اطلع على عيب به لا يرجع على بائعه بحصة العيب من الثمن بخلاف مالو أعتقه فلكون العتق منهيا للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لايجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف مالو أجاز المالك العتق لانه باجازة العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازة البيع يمتد محل العتق للمشترى وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشترى من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشترى ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشترى يملكه من جهة الغاصب وقد بينا أنه لايستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فلهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة المجيز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذى قلنا فلهذا نفذ عتقه * وان ماتت الجارية في يد المشترى ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لايصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصوداً بسببه. وان لم يمت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولكن الغاصب اشتراها منه لم يجز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الغاصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشترى من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشترى عليه فلهذا لايصح البيع الاول بعد شراء الغاصب وكذلك ان أجازه لانه قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلا للموقوف اذ لايتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاها للغاصب أو تصدق بها

عليه أو ماتت فورثها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل ﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فغيبها فأقام المغصوب منه البينة انه قد غصب جارية له فانه يحبس حتى يجيء بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله يقول تأويل هذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة فأما الشهادة على فعل الغصب لاتقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب ولايتمكن القاضى من القضاء بالمجهول ولابد من الاشارة الى ماهو المقصود بالدعوى فى الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المغصوب عادة وحين يغصب فانما يتأتى من الشهود معاينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب فى محل هو مال متقوم فصار ثبوت ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يجيء به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلهذا يحبسه حتى يجيء بها ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أوقد بعتها ولا أقدر عليها تلوم القاضى فى ذلك زمانا ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة وفيه نوع ضرر على صاحبها فعين الملك مقصود لصاحبها كماليتها وربما يتعلل الغاصب بذلك لتسلم العين عند أداء القيمه فلهذا لايعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك موكولا الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لايكون [٢] وهذا التلوم اذا لم يرض المغصوب منه بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضى فلم يقدر علي الجارية فان اتفقا فى قيمتها على شيء أو أقام المغصوب منه البينة علي مايدعى من قيمتها قضى له القاضى بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو منكر لها فان استحلف فنكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي له بما أقر به الغاصب لان مازاد على ذلك انتفى عنه بيمينه مالم يقم المالك حجة عليه فان ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكول أو بالاقرار من الغاصب بما ادعى المالك فالجارية له لاسبيل للمغصوب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب بعد مايحلف يخير المغصوب منه فان شاء استردها ورد ما قبض علي الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله هذا اذا كانت قيمتها بعد ماظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما اذا كانت قيمتها مثل ماقال الغاصب فلا خيارله في استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله . وفى ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضي الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فالجارية باقية على ملك مولاها فيستردها اذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة (وبعض) المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بالضمان ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لايثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك لكان اذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالبيع الموقوف اذا تم بالاجازة يملك المشترى المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا فى هذه العبارة بعض الشنعة فالغصب هو عدوان محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل العدوان المحض سببا له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ماهو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة مثله الي الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لاحكما ثابتا بالغصب مقصوداً ولهذا لايملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع كثبوته في الاصل سواء ثبت فى المتبوع مقصودا بسببه أو شرطاً لغيره . وجه قول الشافعي رحمه الله الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلا بالباطل والمعنى فيه ان الغصب عدوان محض لانه ليس فيه شبهة الاباحة بوجه ما فلا يكون موجبا للملك كالقتل . وتأثيره ماقلنا ان الملك حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضياً به وأن يكون مباحاً والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لان هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفائت بالغصب والفائت بالغصب يد المالك لاملكه * فعرفنا ان هذا الضمان بمقابلة النقصان الذي حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو هشم قلب فضة لانسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت ان هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ماهو قائم بل هو باحياء ماهو فائت وملكه في العين كان قائما فلو جعلناه زائلا بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتا لا جبرانا ولو كانت القيمة بدلا عن العين فهو خلف يصار اليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الخلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستؤنى به حولا كاملا ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر . وبهذا يتضح جميع ما قلنا فان الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق في المدبر وبقضاء القاضي بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وان تم بقضاء القاضي ينبغي أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر * وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لان التصدق بملك الغير اذا كان مالكه معلوما لا يجوز ولكن يحفظ عليه عين ماله فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه . والمعنى فيه أن الغصب الموجب للضمان مختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا أمكن كالبيع والصلح * وبيان الوصف أن غصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لانه ليس بمال وكذلك غصب الخمر من المسلم لانه غير متقوم وتأثيره ان اختصاص السبب بمحل لا يكون إلا لاختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذي هو مال متقوم يختص بصحة التمليك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما اختص بهذا الحكم فان الفعل الذي

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لاتختص بمحل هو مال متقوم . ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . ألا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ماهو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعى الفوات لامحالة لانه انما يجبر الفائت دون القائم فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت ومالا يمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم شرطه عليه لامحالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتقه يقدم التمليك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطا في المحل الا ان يكون قوله أعتقه عنى سببا للتمليك مقصوداً * اذا تقرر هذا تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ماهو حسن مشروع به وهو القضاء بالقيمة جبرانا لحقه في الفائت ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسنا بحسنه ولهذا لايشترط التقابض لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطا لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المغصوب وان كان هالكا عند القضاء بالقيمة يصير مملوكا للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التمليك مقصوداً بسببه لا شرطاً لغيره وكذلك يقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لاتبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالمبيع عيبا (فاما) المدبر ففى تخريجه طريقان * أحدهما ان هناك لانقول ببقاء العين على ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل زائلا عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لولم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المغصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا * الثانى أن في المدبر القيمة ليست ببدل عن العين لان ماهو شرطه وهو انعدام الملك فى العين متعذر فى المدبر فيجعل هذا خلفا عن النقصان الذى حل بيده ولكن هذا عند الضرورة ففى كل محل يمكن اتحاد الشرط لاتتحقق الضرورة فيجعل بدلا عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفا عن النقصان الذى حل بيده * ونظيره فصلان . أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تمليك العين وفيما لا يحتمل

اتحاد هذا الشرط كالمدبر وأم الولد عندهم لايجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح فانه اذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تمليك العين وفي كل محل لايحتمل تمليك العين يجعل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده وكذلك اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما تلي من الآية بيان أن الا كل بالتجارة عن تراض جائز لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجه فان المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها فحين طالب بالقيمة مع علمه أن من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضياً بذلك لان من طلب شيئاً لايتوصل اليه الا بشرط كان راضياً بالشرط كما يكون راضياً بمطلوبه ﴿ رجل ﴾ غصب من رجل جارية فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاها ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد تثبت من حيث الظاهر فان من في يده شئ فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدقه فى ابطال حقهما ولكنه مصدق فيما يقر به على نفسه وقد أقر أنها كانت مغصوبة في يده وأنه ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلهذا يلزمه قيمتها للمقر له ﴿ قال ﴾ ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله على ان قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول أبي يوسف لايضمن ذلك . وجه قول زفر انه أقر بوجوب العقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهى مغصوبة في يده والوطء فى ملك الغير لاينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وكذلك إن أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلى المغرور عقرها للمستحق فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان مايلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد على الغاصب دون العقر وكذلك ولد المغصوبة لايكون مضمونا على الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك منه فى الولد وانما امتنع رده لحريته شرعا فهو كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر على نفسه بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد فلا يلزمه ذلك فان كان المدعى أقام البينة انها جاريته غصبها هذا منه قضي له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولم يذكر العقر

وينبغي أن يقضى له بالعقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذى هى في يديه ولكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذى أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئا من ذلك (قال) لا استحلفه على شيء من ذلك إلا أن يدعي الذى هى في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهيجها ولان الاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعى عليه مالو أقر به لزمه (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضاء نفسه . وان أقام الذى هى فى يديه البينة على تسليمه المبيع أخذ رب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فان تصادق الأول والجارية على انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا على ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان على ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تعتق لانها أثبتت حريتها باعتاق من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشترى على البائع بالثمن وعلى المشترى العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهى حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام فى الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلهذا لا يغرم قيمة الولد * ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بها له وبقيمة الولد والعقر لان حرية الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يعتق ابن الاخ على عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حر الاصل فلم يدخل فى ملك المدعى حتى يجعل عتقه بسبب القرابة * واذا ثبت أن حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشترى على البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به على غيره (رجل) غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد أتلفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متعديا عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئاً من ذلك ولكن الام ماتت فله أن يضمنه قيمة الام يوم غصبها و يأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعا لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعد الى الولد فان الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان أصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بعد موت الام فأما قبل موتها الواجب رد العين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد كحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكا للمولى وولده يكون مملوكا له ينفذ عتقه فيه ﴿ رجل ﴾ غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفى درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمنه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفى درهم مؤجلا في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر أن القاتل جان على ملكه فلهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفى درهم في ثلاث سنين أولان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفى درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلا فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض ألف قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خبيث وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه التصدق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فمولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبدل نفس الحرة وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفى رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه أولانه ظهر أن جناية القاتل كانت على ملكه فان كانت الجارية هى التى قتلت رجلا خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لانها بعد الغصب باقية على ملك مولاها وموجب جناية المملوك أن يخير مولاها بين الدفع والفداء وأى ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقل من قيمتها ومن الفداء لان ذلك انما لزمه بسبب كان منها في يد الغاصب وجنايتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولان الرد لم يسلم حين استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكانه لم يردها فيرجع عليه بقيمتها الا ان يكون الفداء أقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقل لانه في التزام الزيادة على الاقل مختار فانه كان يتخلص باختيار الاقل فان كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب فيدفعها الى أولياء الجناية لانها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها واذا دفع القيمة اليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لان المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك اذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فان انهدمت من سكناه أومن عمله فهو ضامن لذلك لانه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وان انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم ينبني على السبب وأصل المسئلة لان العقار لايضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الاول ومحمد والشافعي رحمهم الله. حجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع باقامة ذى اليد البينة على أن يده يد أمانة واذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمنقول * وبيان الوصف ان الغزاة اذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التعدى باثبات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائز والفاسد فيضمن بالغصب كالمنقول وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان الغصب يعتمد تفويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لايتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين فى المنقول الذى يمكن احضاره ثم فى العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بعد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لايحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنعه من أن يدخل ملكه فيسكن لان ماهو المقصود بتفويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله فى غير المضمون مقام فعله فى المضمون فى ايجاب الضمان كحافر البئر فى الطريق فعله فى الارض دون المار ثم يجعل ذلك قائما مقام فعله فى المار الواقع في البئر فى ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد فى الآخرة ولم يذكر الضمان فى الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لايدل علي تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً وهذا لايدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور فى الحر. وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لايتحقق فى العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب فى العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفائت من يد المالك ولا يتحقق تفويت اليد عليه بفعل فى المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله فى مكان تبقى مابقى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل فى المالك لافي الملك وفعله فى المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجبه

الحكم فأما الغصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت باقامة غيره مقامه حكما ولكن ان صادف الفعل محلا يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلا لا يتحقق فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجه لا يلزمه الحد وان قضى شهوته لان ماهو حد فعل الزنا لا يتحقق فى هذا المحل فلا يشتغل باقامة غيره مقامه ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذاك يوجبه الحكم فيجوز اثباته بطريق حكمى والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلا فى معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة يجوز أن تقوم مقام الاشارة في التعريف لان ذلك مما يوجبه الحكم ويأذن فيه الشرع وكذلك القبض فى باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الي ايجاده بطريق التمكن ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالي من اقامة الفعل فى المالك مقام الفعل فى المال صحيحا لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الحافر بالطريق الذي قال بل باقامة الشرط مقام السبب لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو نقله فى نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والحافر أوجد شرط الوقوع بازالة السكة. واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل فى الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل فى المالك ليس بشرط ولا سبب ولا يتحقق به تفويت اليد الثابتة حكماً ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من الحافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الحفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل فى المالك مقام الفعل فى المال * ولا يدخل على هذا ما قاله فى الزيادات اذا وهب لرجل دارا بما فيها من الامتعة فهلكت الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحقت فللمستحق أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقيل هو مذهب محمد وقيل لا يستقيم علي أصل محمد أيضا لانه يوافقنا فى المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه فى السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة كانت مفوتة ليد المالك فانتقلت بصفتها الى الموهوب له ﴿ فان قيل ﴾ أليس انه لو اشترى منقولا وخلى بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشترى وهذا المعنى موجود فيه ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشترى فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لاتوجب التسليم الي الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهي يد مفوتة ليد المالك فتحول اليه بصفته * وأشار في الكتاب الى حرف آخر فقال ﴿ لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمنقول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب باثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لايحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا ان أباه مات وهو لابس هذا الثوب أو راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشترى باطل لان المشترى صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لاضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لايتحقق في العقار. وقد ذكر في كتاب الرجوع من الشهادات أنهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة علي الملك لنفسه لاتقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة . ألا ترى أنه لو أقام البينة علي انها ملكه قضي له بها فلهذا لايكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود في الوديعة وليس فيه اتلاف الملك حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن نقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ﴿ رجل ﴾ غصب عبدا أودابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لان وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة ولان المنافع لاتتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فاذا هو الذى جعل منافع العبد بعقده مالا فكان بدله له. وفى الاصل قال قلت ولم لايكون لصاحب العبد قال لانه كان في ضمان غيره وكانه أشار بهذا التعليل الي قوله صلي الله عليه وسلم الخراج بالضمان فحين كان فى ضمان الغاصب فهو الذى التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك ويؤمر أن يتصدق بها لانها حصلت له بكسب خبيث فان مات العبد فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة فى ضمان القيمة لانها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتباراً للجزء بالكل ﴿فان قيل﴾ القيمة دين فى ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه أن يتصدق بمثله ﴿قلنا﴾ نعم ولكن انتصدق بهذا لم يكن حتما عليه . ألا ترى انه لوسلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس علي الغاصب شيء آخر فهو بما صنع يصير مسلما الى المالك ثم يصير المالك مبرئا له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق بعوضه. وان كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها فاستهلكه وماتت الدابة عند المشترى فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشترى علي الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لايستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لان الخبث فى الغلة ما كان بحق المشترى فلا يزول بالوصول الي يده بخلاف الأول فان الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة الى يده ﴿ قال ﴾ الا ان يكون عند الغاصب مايؤدى به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدى من الغلة لانه محتاج الى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فاذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غنى عنه وان كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشيء من ذلك لان وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاكه الثمن ولو استهلك الغلة مكان الثمن فان كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وان كان غنياً فعليه ان يتصدق بمثله فكذلك فى استهلاك الثمن وانما قلنا ذلك لان حق الفقراء فى هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة على معنى أن له أن يتصدق وله ان يردها على المالك ان شاء (ثم) الملتقط اذا كان محتاجاً فله ان يصرف اللقطة الى حاجة نفسه بخلاف ما اذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الغاصب فى سكنى الدار وركوب الدابة أجر*وعلل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم فى العين باعتبار منافعه ولهذا تختلف قيمة العين باختلاف منفعته فاذا اعتبرت المنفعة لايجاب ضمان العين لايمكن اعتبارها لايجاب ضمانها مقصوداً والمنفعة كالكسب وقد بينا فى الكسب ان الخراج بالضمان فكذلك فى المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد فى الدار فان السا كن غير ضامن للدار عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الأصل المتقدم فان المنافع زوائد تحدث فى العين شيئاً فشيئاً وقد بينا أن زوائد المغصوب لا يكون مضمونا على الغاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعى رضى الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا لاتتحقق الا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لايتحقق فى المنافع لانها لاتبقى وقتين فلا يتصور كونها فى يد المالك ثم انتقالها الى يد الغاصب حتى تكون يده مفوتة ليد المالك فلهذا لايضمن المنافع بالغصب عندنا * فأما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لاتضمن بالاتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر فى ذلك سواء حتى او استسخر حراً واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأثم ويؤدب على ماصنع ولكنه لايضمن شيئا*وجه قول الشافعى رضي الله تعالى عنه أن المنفعة مال متقوم فيضمن بالاتلاف كالعين وبيان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة ويؤجر متفرقا لابتغاء الربح كمايشترى جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح منه وبهذا تبين ان المنافع فى المالية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله فى منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف الا أنه اذا حبس حرا لايضمن منافعه لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منافعه ولا اثبات يده عليه بل منافع المحبوس فى يده كثياب بدنه وكما لايضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك منافعه ولئن لم تكن المنفعة مالا فهى متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل أن لاتكون متقومة بنفسها ولانها تملك بالعقد ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسداً وانما يملك بالعقد

ماهو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفصل العقد الفاسد يتبين المماثلة بين العين والمنفعة فى المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لايضمن شيئا لان الرائحة ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الحطب ولهذا لايملك بعقد الاجارة حتى لو استأجر مسكا ليشمه لايجوز ولا يضمن بالعقد أيضاً صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا فى ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما فى ولد المغرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر منهما لايكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف كالخمر والميتة . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة والمنافع لاتبقى وقتين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولهذا لايتقوم فى حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا اعان انسانا بيديه اوأعاره شيئا فانتفع به لايعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان المتقوم لايسبق الوجود فان المعدوم لايوصف بانه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود التقوم لايسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لايتحقق فيما لايبقى وقتين فكيف يكون متقوما وعلى هذا نقول الاتلاف لايتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لايحل المعدوم وبعد الوجود لايبقى لحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لايجوز فأما بالعقد يثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة فى العدوان فتبقى الحقيقة معتبرة وباعتبارها ينعدم التقوم والاتلاف وفى الصداق واستئجار الولي انما يظهر حكم الاحراز والتقوم بالعقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان فى المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لايضمن

بالعين لانه فوقه فكذلك المنفعة لاتضمن بالعين* وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولايخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لاتبقى وقتين والعين تبقى أوقاتا وبين مايبقي ومالا يبقى تفاوت عظيم والعين لاتضمن بالمنفعة قط ومن ضرورة كون الشيء مثلا لغيره أن يكون ذلك الغير مثلا له ايضاً والمنفعة لاتضمن بالمنفعة عند الاتلاف حتى ان الحجر فى خان واحد على تقطيع واحد لاتكون منفعة احداهما مثلا للمنفعة الأخرى عند الاتلاف . والمماثلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المماثلة بين العين والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبنى على المماثلة باعتبار الاصل بل على المراضاة وكيف ينبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح (ثم) ضمان العقدمشروع وفى المشروع يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسدا كان العقدأو جائزا فيسقط اعتبار التفاوت الذى ليس فى وسعنا الاحتراز عنه فى ضمان العقد. فأما الاتلاف فمحظور غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الاتلاف ﴿فان قيل﴾ يسقط اعتبارهذا التفاوت لدفع الظلم والزجرعن اتلاف منافع أموال الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من اهدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اهدار الأصل ﴿قلنا﴾ قداوجبنا للزجر التعزير والحبس فأماوجوب الضمان للجبران فيتقدربالمثل على وجه لايجوز الزيادة عليه والظالم لايظلم بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولواوجبنا عليه زيادة على ما أتلف كان ذلك ظلما مضافا الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لايجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاب المثل كان ذلك لضرورة ثابتة فى حقنا وهو أنا لانقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق المظلوم لايهدربل يتأخر الى الآخرة. ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدرا فى حق المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً فكان ماقلناه من اعتبار المماثلة والكف عن القضاء بالضمان بدون اعتبار المماثلة اعدل من هذا الوجه * قال ﴿ أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب البينة أنه قد ردها اليه وماتت فى يده فعلى الغاصب القيمة ﴾ لان رب الدابة يثبت على الغاصب سبب وجوب القيمة والغاصب ينفى ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد والبينات للاثبات دون النفي ﴿ فان قيل ﴾ سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت ببينته ما يبرئه عن الضمان وهو لرد فكانت بينته أولى بالقبول ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلهذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها اليه علي حالها لان القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لوهدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في اثبات سبب متجدد للضمان علي الغاصب لان الغاصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما اذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البينة انه ردها فماتت في يد صاحبها فعلى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لان الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها ببينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه اياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الغاصب هنا لما فيها من اثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا اثبات سبب متجدد والظاهر أنهم انما شهدوا بذلك لانه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ماسبق فان القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه مالم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق ﴿ واذا وهب الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تخرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا ﴾ وقال الشافعي رحمه الله له ذلك لانه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وانه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الغار بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكنا نقول الموهوب له في القبض والا كل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به علي أحد . فأما المغرور فنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر انسانا أن هذا الطريق أمن فسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف * وانما الغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فبفوات ماهو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لايستحق الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيباً لايرده بالعيب فلا يرجع بسبب الغرور أيضا (والثانى) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر به حقه فى العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه رجع به عليه فأما الموهوب له فى القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط لنفسه شيئا ليتأكد ذلك بقبضه وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف مالو كان اشتراها فان هناك يرجع بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بما لحقه ولايرجع بالعقر عندنا • وعلى قول الشافعى رحمه الله يرجع بالعقر أيضا لان البائع قد ضمن له سلامة الوطء أيضا ولكنا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذى نال تلك اللذة فلا يرجع بما لحقه بسببه على أحد*وعلى هذا لوأن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه المغصوب منه قيمتها رجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر فى قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي رحمه الله لان المستعير ضامن للعين فى حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان * واذا اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينة رب الثوب لما فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما وانما يدعى رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود لم يتعرضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفى لا تكون مقبولة فلهذا كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعواه *وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعى والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة فى جانب المدعى فقال البينة على المدعى وبالالف واللام يظهر ان جنس البينة فى جانب المدعي وجعل اليمين فى جانب المدعى عليه والبينة لاتصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد لرب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا بشهادة شاهدين وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تحلف الغاصب على ذلك فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله الى غيره ﴿قال﴾ ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذى وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا فى جانب المدعى عليه اما للنفى أو لابقاء ما كان على ما كان وهو براءة ذمته فاذا حولت الى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته الى اثبات ما ليس بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك ان رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى غصبتكه وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو مروى كان القول قول الغاصب مع يمينه لان الاختلاف منهما فى تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض أمينا كان أو ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان في تعيين المقبوض القول قوله ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع في رد الوديعة أو هلاكها والمدعى يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين فلهذا جمع في اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وابرأت الغاصب من دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كاقراره وعند النكول لا يقضي له بهذا الثوب لانه لا يدعى ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقه فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت له تلك الصفة بقى دعواه أصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان شاء تركه . فان جاء بثوب هروي خلق وقال هذا الذى غصبتكه وهو على حاله وقال رب الثوب بل كان ثوبى جديداً حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب حين كان جديداً ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب في الحال معلوم وعند الغصب مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم في نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

الى أقرب الاوقات . فان اقاما البينة فالبينة بينة رب الثوب انه غصبه جديداً لاثباته سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقم لواحد منهما بينة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البينة أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت ببينة كالثابت باقرار الخصم ويمين الغاصب لا يمنع قبول بينة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولان القاضي ماقضى بان المغصوب كان خلقا وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها . فان كان غصبه ثوبا فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم فى الثوب وقد بينا ان بغصبه لا يسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما على الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فاثبات الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالاصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمه الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمان وان شاء ضمن له مازاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى مالية حقه ويتملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدى من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفا لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب فى ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لا يملك ثوبه منه بقيمته وأن لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الآخر الا بالبيع وهو نظير مالو هبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فانصبغ الا ان هناك لا ضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصانا فى هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصانا فى بعض الثياب * وذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لو غصب ثوبا يساوى ثلاثين درهما فصبغه بعصفر وتراجع قيمته الى عشرين درهما فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لانه استوجب عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة دراهم بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فان كان الغصب جارية صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في الجارية لان الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف مابينا من الصبغ فى الثوب فهو زيادة من مال الغاصب لامن العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب منه لانه متبرع فى الانفاق بغير أمره ولانه استخدمها بما أنفق ولانه انتفع بهذا الانفاق لانه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه* واذا غصب سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة سويقه وان شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه لان السمن فى السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ فى الثوب* وكذلك الدهن اذا خلط به مسكه وهذا اذا كان دهنا يطيب بالمسك فان كان دهنا منتنا كدهن البزر ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لان المسك صار مستهلكا فيه*واذا غصب ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو حنيفة أجاب علي ما شاهد في عصره من عادة بني أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما أجابا علي ما شاهدا فى عصرهما من عادة بنى العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان أبو يوسف يقول أولا بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج الى التزام مؤنة فى ذلك رجع وقال السواد زيادة. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالقصب ونحوه*فان كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ماقاله أبو حنيفة وان كان ثوبا يزيد السواد فى قيمته فالجواب ما قالا انه بمنزلة الحمرة والصفرة وان غصبه ثوبا فقطعه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار ان شاء ضمن قيمته وان شاء أخذ الثوب وضمنه مانقصه القطع لان القطع نقصان فاحش فى الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ القباء والقميص وبعد ماقطع قميصا لايصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذى كان يصلح قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه الى جانب الاستهلاك وضمنه قيمته وان شاء مال الى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لان

الثوب ليس بمحل الربا وتضمين النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه مانقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنامن احداث أيّ لون شاء فيه وقد خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لايمكن قلعه عادة وبه يفرق أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيراً ضمن الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لايخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما تمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعدهذا الخرق لجميع ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائماحقيقة وضمنه مانقصه فعل الغاصب (وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف ما لوكان المغصوب عبدا أوجارية فيقطع منه يداً أورجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع لان الآدمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لاينتفع بها بما هو المقصودمن الحمل والركوب بعد هذا القطع فلهذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لوكانت بقرة أوجزورا فقطع يدها أورجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت به بعض ما كان مقصوداً من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ المذبوح مسلوخا كان أوغير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله لايضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب الي الانتفاع باللحم ولكنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولاجله يثبت الخيار فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة فعليه مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احداهما) ان حق المغصوب منه لاينقطع عن الدقيق لاعلى معنى انه يتمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشترى المبيع بغير اذن البائع فهنا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الاخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئا * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استقبح أن يأتى مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شئ فهذا قول الشافعى رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعى رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضمين النقصان مع أخذه العين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربا بينهما ولا يجرى الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذى رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمى عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان فى ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصارى كانت شاة أخى ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذا رجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى قال محمد يعنى المحبسين فامره بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قد ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلا في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أتلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انهما غيران اسما وهيئة وحكما ومقصوداً . وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثانى انعدام

الاول لاستحالة ان يكون الشئ الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله سبب صالح لحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبنى على الاحتياط لبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع فى الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ماهو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل تبديل العين فلهذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول زفر للغاصب أن يا كل هذا الدقيق وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه. وفى الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما مالم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضى أو يقضى عليه بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المغصوب منه وهذه الصورة معتبرة فيما بنى على الاحتياط والاكل مبنى علي ذلك فانما يتم تحول حق المغصوب منه الى الضمان بالاستيفاء أو بالقضاء فلهذا لا ينتفع به الا بعده (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعى رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة فى الاموال الربوية قيمة وعندنا لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى الي الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا. وان وجده صاحبه مكسوراً فرضى به لم يكن له فضل مابين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها فى الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة عوضا كان هذا فى معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز فى الاموال الربوية وله أن يضمن الغاصب قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك. وكذلك كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المغصوب منه في الصفة فان كسر درهما أو ديناراً فعليه مثله لانه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بايجاب المثل والمكسور للكاسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشئ ويستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أولم تنتقص لان صفة العين بغير فعله وذلك كاف لاثبات الخيار له الافيما يكون زيادة فيه على ماتين (واذا) ادعى دارا اوثوبا أوعبدا في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذى هو فى يديه هو عندى وديعة فهو خصم لظهور العين فى يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو أعارها أو أجرها أورهنهامنه لم يكن بينهماخصومة لانه أثبت ببينته أن يده يدحفظ وهذه مسئلة مخمسة وقد بيناها في كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يدحفظ * وان قال المدعى هذا ثوبى سرق منى فالجواب كذلك فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله (قوله) سرق منى ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد انما كان هو خصما باعتبار يده كما فى الغصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقالا لاتندفع الخصومة عن ذى اليد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق منى معناه سرقه منى الا أنه اختار هذا اللفظ انتدابا الى ماندب اليه فى الشرع من التحرز عن اظهاره الفاحشة والاحتيال لدرء الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه فعل السرقة وهذا المعنى لايوجد في الغصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى الستر على من تجاهر بفعله (والثانى) ان السارق فى العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه في ظلمة الليل انه فلان أوغيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب ولهذلك شرعا فكان هذا فى معنى قوله سرقته منى بخلاف الغصب . ولان السراق قلما يوقف علي أثرهم لخوفهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذي اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعي لاتحويلا فهو بمنزلة مالو أقام البينة علي أنه أودعه رجل لايعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعي (رجل) غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم الكفيل الاعشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلاذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المغصوب فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلهذا يرجع على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ماقيمته الاعشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات وصف مقصود منها وهو الشباب فعلى الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك لوغصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ماهو مقصود منه وهو قوة الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف مالو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال المنبت كمال الدية والغاصب بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فنسي ذلك عند الغاصب كان ضامنا للنقصان لانه فات ما كان مقصوداً منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا ٠ وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان ٠ ولو غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شيء له سواه ﴿رجل﴾ غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصفر فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفاً قائما بملك غيره فعرفنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أوقيمته ان كان لا يوجد مثله والسواد فى هذا كغيره عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان فى الثوب عند أبى حنيفة واذاضمن لصاحب العصفر عصفره ملك المضمون وصار فى الحكم كأنه صبغه بعصفر نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففى القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بما صنع فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن فى الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمنه قيمة صبغه لان ملكه صار وصفا لملكه فلايكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولانه اذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالاذن منه فى الابتداء فلهذا كان له أن يأخذ الثوب ان شاء وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذى قلنا واذا ضمنه كان بمنزلة مالوصبغ الثوب بصبغ نفسه على مابينا . ولو كان الثوب مغصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففى القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفى الاستحسان اذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ انسان . ولهذا نوجب السعاية في العبد المشترك يعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صبغ فى ذلك وان شاء صاحب الثوب باعه فضرب هو في الثمن بقيمة ثوبه أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فان غصب من واحد حنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد منهما الوصول الى عين ملكه فان تمييز الحنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالمتعذر والمتعذر كالممتنع ولم يبين فى الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الحنطة بالحنطة أوبالشعير وعلى قول أبى يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاآ أخذا المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وان شاآ تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشيء يتكثر بجنسه وكذلك فى الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأتى التميز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا . وأبو حنيفة يقول بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والآن يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كله فعرفنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا ثبت لكل واحد منهما حق التضمين مع امكان التميز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ واذا صار ملك كل واحد منهما مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لاقرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمي وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه فى المخلوط يصير مضافا اليه وعند انعدام الفعل يكون مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما * ولو غصب من آخر كتانا فغزله ونسجه فعليه مثله أو قيمته ان كان لايوجد مثله ولا سبيل له على الثوب . وكذلك إن غصب قطنا فغزله ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول ابي يوسف الآخر وهو قول الشافعي رضى الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا فى الحنطة اذا طحنها لانه لافرق بين الفصلين فى المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهنا جمع الاجزاء المتفرقة بالنسج فكما لاتبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لاتتبدل بجمع المتفرق وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لاينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار ولكنا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى . أما الصورة فالغزل خيط ممدود والثوب مؤلف مركب له طول وعرض . والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذروع ليس بمال الربا وبعد

النسج لايتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغايرة بينهما فمن ضرورة حدوث الثانى انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشئ الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك فى الابريسم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لاتتبدل العين ولهذا بقى موزونا يجرى فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولوغصب ساجة فجعلها بابا أو حديداً فجعله سيفاً ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بنائه أو آجراً فأدخله فى بنائه أو جصا فبنى به فعليه فى كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغصوب منه نقض بنائه وعلى قول زفر والشافعى رحمهما الله تعالى فى هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعى رحمهما الله فى هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . وبيان هذا ماذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع فى الثمن لم يجز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد فى الثمن يجوز فوجه قولهم فى ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغصوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولوصبر المغصوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المغصوب مستحق شرعا فما دام الرد جائزاً يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لجة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * وحجتنا فى ذلك ان العين ملك المغصوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما فى الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بايجاب قيمة

الصبغ له وهذا الوصف غيرمتقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فيتعين دفع الضرر هنا بايجاب قيمة المغصوب حقا للمغصوب منـه ليتوصل هو الى ماليـة ملـكه ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعيا وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحـدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة توفير المالية عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسالة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فاذا رضي فقـد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب أصل والغاصب صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجز لحق صاحب الوصف وهو جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملـكا للمغصوب منـه مقصوداً والآن صار تبعا لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعـد أن كان منقولا لايستحق بالشفعة وانعدم منـه سائر وجوه الانتفاع سوى هـذا فعرفنا أنه قائم من وجه دون وجـه والقائم من كل وجه يترجح على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجح الاصل اذا كان قائما من كل وجه كما في مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلهذا رجحنا هنالك اعتبار حق صاحب الساجة * ولا يدخل على شئ مما ذكرنا اذا غصب ثوبا فقصره لانه ليس للغاصب في الثوب وصف قائم متقوم والقصارة تزيل الدرن والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن * ولا يقال أليس ان القصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار أثر عمله في المعمول لا باعتبار قيام الوصف في العمل للمعمول بعمله وذكر الـكرخي في مسألة الساجة أن موضع المسئلة فيما اذا أدخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعديا بالبناء في ملـكه فأما اذا بنى على الساجة فهو متعد في هذا البناء والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في مسألة الساجة ولـكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح ما قلنا * وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

مثل حنطته ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمرة الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه ما لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فاما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحدوث شئ آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بقى عمل الزارع وهو فى معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الي الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو تاملة ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الي الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزارع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه ولكنا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل فى الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلاعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة[1] فغرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فى التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدى الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد فى الأرض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما فى الحنطة اذا طحنها . وفى ظاهر الرواية الجواب فى

(١) التالة بالمثناة الفوقية واحدة التال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومسئلة الزرع سواء والمغايرة بين الفرخ والبيضة لاتشكل على أحد لان هذا حيوان وذلك موات ولا يدخل على شئ من هذا اذا غصب شجرة وقلعها وكسرها لان القلع نقصان محض لايتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ماهو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب فهو كمسئلة الشاة اذا ذبحها وسلخها ﴿مسلم﴾ غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال متقوم فان الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وان جعلها خلا فلرب الخمر أن يأخذها لان بفساد معنى التمول والتقوم لاتخرج من أن تكون مملوكة للمسلم اذا الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له امساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فان خللها الغاصب من غير القاء شئ فيها فالعين باقية على حالها ابقاء الهيئة كما كانت وإن ألقى فيها ملحا فالملح صار مستهلكا أيضا وان صب فيها خلا فهذا خلط الا ان الخلط انما يزيد ملك المغصوب منه بشرط الضمان وايجاب الضمان هنا متعذر لان الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك فلهذا كان شريكا في المخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على وجهين. أما اذا ألقى الجلد صاحبه فاخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لان صاحبها ألقاه تاركا له بمنزلة من يلقى النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك انسان وينتفع به فانه يكون مباحا له وأما اذا غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشئ لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا يعطى الغاصب شيأ لان ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا ان صنعته انما تعتبر اذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل الى الضمان وهذا غير ممكن هنا لان جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك * وأما اذا دبغه بشئ له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن مازاد الدباغ فيه لانه عين مال قائم للغاصب بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لان الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوما والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوما حتى ذكر في كتاب الاجارات لو غصبه جلدا ذكيا فدبغه بشي له قيمة فان شاء صاحب الجلد ضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ وان شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لان الجلد الذكى مال متقوم قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء * وان غصبه عصيرا فصار عنده خمرا فله ان يضمنه قيمة العصير لان المغصوب كان مالا متقوما وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكا * ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخصومة بعد انقضاء أوان العصير فأما في أوانه يضمنه مثله لان العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلا فان شاء أخذ الخل وان شاء ضمنه قيمة العصير لان العين باق ببقاء الهيئة ولكنه تغير من صفة الحلاوة الى صفة الحموضة فان شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لان العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذكر هذا الخيار قبل التخلل. فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا خيار له لانه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضا عما استوجب من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضا بطريق أنه يكون مبرئا عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر ﴿ رجل ﴾ له حنطة عند رجل وشعير لآخر عند ذلك الرجل أيضا وديعة فخلطهما من لا يقدر عليه ولا يعرف * قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان عند أبي حنيفة أيضا. فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكا للخالط وحق كل واحد منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ملكه لحقهما ووجه الاستحسان ان المخلوط وان صار مملوكا للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول البدل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط مالم يؤد البدل اليهما واذا بقي حقهما فيه قلنا يباع لايفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشترى لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال) وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التميز أو يتعذر فان اختلفا في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشترى فالقول في الحنطة قول صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لان كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر للزيادة التي يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار مايزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل أقام رجل البينة انه ثوبه غصبه اياه هـذا وأقام الذى في يديه البينة انه وهبه له (فقال) أقضي للذى هو في يديه لانه يثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك. ولانا نجعل كان الامرين كانا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البينة على البيع منه بثمن مسمى أو على اقراره أنه ثوبه لان البيع والاقرار بالملك بعـد الغصب يتحقق فتقبل البينتان جميعاً (وان) كان في أيديهما جميعا فاقام كل واحد منهما البينة انه ثوبه غصبه الآخر اياه قضيت به بينهما نصفين لان كل واحد منهما يثبت على صاحبه انه غصب ما في يده منه وفي يد كل واحد منهما نصفه فكان بينة كل واحد منهما فيما في يد صاحبـه أولي بالقبول فلهذا قضى لكل واحد منهما بالنصف الذى في يد صاحبه *فان أقام رجل البينة انه ثوبه استودعه الميت الذى هذا وارثه وأقام آخر البينة أنه ثوبه غصبه اياه الميت قضيت به بينهما لان كل واحد منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب ان وصوله الى يد الميت كان من جهته فاستويا ولا ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لان الضمان للآخر ثابت أيضاً فان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يكون ضامناً ولان المقصود اثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع بقاء العين * وان جاء بالبينة علي دراهم بعينها أنها ماله غصبها اياه الميت فهو أحق بها من غرماء الميت لانه أثبت بالبينة ملك العين لنفسه فان الدراهم تتعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب إمساك العين ورد المثل وحق الغريم انما كان في ذمة الميت فيتعلق بعد موته بماله دون مال المغصوب منه *وان أقام رجل البينة ان هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البينة ان ذا اليد أقر به له أقضي به للذى أقام البينة انه ثوبه غصبه اياه لانه أثبت الملك لنفسه بالبينة وأثبت ان ذا اليد كان غاصبا والآخر انما أثبت ببينته اقرار الغاصب له بالملك واقرار الغاصب ليس بحجة في الاستحقاق علي المالك ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فاودعه عند آخر فهلك عنده فلصاحبه ان يضمنه أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه فان المالك غير راض بقبض المودع فهو كالغاصب في حقـه فان ضمن المستودع رجع علي الغـاصب بما ضمن لانه في حفظ العين كان عاملا له وكان مغرورا من جهته حين أخبره انه ملكه وانه لا يغرم شيئا ان هلك في يده * ولم يذكر ان المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فرده عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل ﴿ والجواب ﴾ انه لاسبيل للمالك عليه الا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامنا للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه. ولكنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصلت اليه من جهته فانعدم به حكم يده وكان هذا فى حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكه (واذا) قال الرجل لآخر غصبتنى هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ماغصبتكها ولكن غصبتك الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره مادعاه فانه ادعى غصب الجبة والظهارة ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب فى الكل كان القول قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لاقراره بغصب الظهارة واقراره حجة فى حقه فكان غايته غصب الظهارة وجعلها جبة. وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك البطانة والحشو لى لم يصدق لانه رجع عما أقر به فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال غصبتك هذا الخاتم ثم قال فصه لى أو هذه الدار ثم قال بناؤها لى أو هذه الارض ثم قال شجرها لى أو أنا غرستها لم يصدق علي شئ من ذلك لكونه راجعا فان البناء والشجر تبع للأصل فيصير مذكوراً بذكر الاصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الاصل والفص في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فما أقر به لغيره * وان قال غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لى أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لى فالقول قوله لان الولد منفصل فلا يكون تبعا للام فاقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد عندنا. وقد بينا هذا الفرق فى الدعوي فلا يكون هو فى دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل يكون متمسكا بما هو الاصل وهو ان مافى يده فالظاهر أنه ملكه إلا ما يقر به لغيره (رجل) * غصب من رجل ثوباً ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب. وكذلك المكيل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه أووهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برىء عن الضمان عندنا وفي أحد قولى الشافعى رضي الله تعالى عنه لايبرأ لانه ماأتى بالرد المأموربه فانه غرور منه والشرع لا يأمر بالغرور والغاصب لايستفيد البراءة الا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ماأعاد الى ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله قاصرا في حكم الر فلو جعلنا هذا ردا تضرر به المغصوب منه لانه اقدام على الأكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم أنه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع الضرر عنه بقي الضمان علي الغاصب. وحجتنا فى ذلك أن الواجب على الغاصب نسخ فعله وقد تحقق ذلك. أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتا. ومن حيث الحكم فلانه صار به متمكنا من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل بحاله وجهله لا يكون مبقيا للضمان فى ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطة كما ان جهل المتلف لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه * وقد بينا ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر ما يكون فى ضمن عقد ضمان ولم يوجد ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضا ولان أكثر ما فى الباب أن لا يكون فعل الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المغصوب منه عين المغصوب كاف فى اسقاط الضمان عن الغاصب. ألا ترى أنه لو جاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه. وان كان الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمر في ذمته فسقى النبيذ اياه لا يكون رداً للعين المغصوب منه ولا أداء الضمان. وكذلك كل ما يشبهه كالدقيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً فجعله درعا فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته. وكذلك اذا غصب صفرا فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكا وهذا الحادث حادث بفعل الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسما وحكماً ومقصوداً فلهذا لا سبيل له على المصنوع وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لا يباع وزنا أما اذا كان يباع وزناً ينبغي أن يكون للمغصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما نبينه فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المغصوب منه الصفر فى كسره كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثا بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان المغصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان

ويترادان الفضل * فان غصب فضة فضربها دراهم أوصاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والحديد والصفر سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان البقرة لاتصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدراهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة فان هذا موجود في الحديد والصفر ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الاناء حادثا بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغصوب منه أن يأخذها ولا أجر للغاصب وعلل فقال لانه فضة بعينها لاتخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفر . وبهذا الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدراهم والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعلة الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم الصنعة لاحكم العين ولهذا يقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالذهب والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر على المغصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان غصب حنطة فاستهلكها ثم باعه بها شعيراً أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته وبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط قبض مايقابلها في المجلس فلا تنعدم الدينية من الجانبين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن يأخذ مابدا له بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لايجوز والمسلم فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز اسقاط القبض فيه أصلا في الابراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن في البيع * واذا غصب رجل دابة من رجل فاقام صاحبها البينة انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البينة انه قد ردها اليه وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بينة المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبينة الغاصب وافقت علي أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نصراني خمراً فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا وقال الشافعي لاضمان عليه وكذلك الخنزير. وجه قوله أن الخمر والخنزير محرم العين ولا يضمن بالاتلاف حقاً للمسلم فكذلك للذمي لان حقوقهم دون حقوقنا وهذا لانا بعقد الذمة انما ضمنا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وايجاب ضمان القيمة على المتلف أمر وراء ذلك تحقق هذا أن ترك التعرض لاعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم لا يكون حجة على المسلم المتلف في ايجاب الضمان وانما يكون معتبراً في حقهم ولهذا لانحدهم على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانكحة أيضاً * والدليل على ان اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي اذا مات عن ابنتين احداهما امرأته فانها لاتستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشيء من الميراث علي الاخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وان كان هو يعتقد انه مال متقوم وانه محق في اعتقاده ثم لم يصر اعتقاده حجة في ايجاب الضمان على المتلف الا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ماضمنا ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لاتفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر) أبو عبيدة في كتاب الاموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب الي عماله أن اقتلوا خنازير أهل الذمة واحتسبوا لاصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه علي انه مال متقوم في حقهم يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه ان الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك في شريعتنا في الابتداء ثم ان الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث قال (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان) الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون) فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب علي ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى ان حرمة العين وفساد التقوم ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا ان نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان . ألا ترى ان من

شرب الخمر من المسلمين بعدما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتبا بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعدما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة وجاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهذا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس فى هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجهل وتمهيد بعقوبة الآخرة والخلود في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساداً ماقال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لايكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم فى المحل وهذا الشرط لم يثبت فى حقهم مع أنا لما ضمنا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تتم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبنى على ذلك فكان هذا من ضرورة ماضمناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ماضمنا لهم ترك التعرض فى ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم فى ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم فى ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم فى الاعتقاد ولاديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا فى اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوذة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمنها له بالغصب والاتلاف وهو قول أبي يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لايضمنها كالميتة والدم لانها ليست بمال فى اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبنى أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا فى حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبنى ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعذر عن فضل الميراث بالزوجية بيناه فى النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالو أتلف متروك التسمية عامدا على شفعوى المذهب لان ولاية الالزام بالمحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم فى ايجاب الضمان (ولو) غصب نصرانى من نصرانى خمراً فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة فى ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل وذلك في حق المسلم دون النصرانى لانه قادرعلى تمليك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت المبايعة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ماقضي له بمثلها فلا شئ له على المستهلك لان الخمر فى حق المسلم ليس بمال متقوم * ولواحتبس عينها عندالنصرانى له بالغصب والاستهلاك لم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ماصار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئا له عما كان له فى ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوما في حقه ومن أن يكون متمكنا من قبضه وكذلك لو أسلما معا لان فى اسلامهما إسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أوأسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو روايته عن أبي حنيفة رحمهما الله الجواب كذلك وفى قول محمد رحمه الله تعالي وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمهما الله على المطلوب قيمة الخمر. وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمىّ يجوز أن يكون مضمونا فى يد المسلم فكذلك يجوز أن يكون مضمونا في ذمة المسلم . وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضمونا في يد الذمى فكذلك فى ذمته فكان إسلامه مبرئا بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها فى ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضاً بخلاف النكاح فان على قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام الطالب مبرئ من حيث تعذر ابقائها فى الذمة أومضمونا في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط وجوبها صحة التسمية لابقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق فى الذمة بسبب الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب . وتحقيقه أنه لما وجب الخمر بالسبب دينا فى ذمته فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضاً عما كان فى الذمة لان شرطها تمليك مافي الذمة بها والذمى لا يقدر علي تمليك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

لا تملك الخمر بعوض فلا نعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كالو هشم قلب فضة إنسان ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئاً لان شرط تضمين القيمة تمليك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام للقلون لان وجوب القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير ان يكون موجباً الملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدبر * وان غصب خنزيرا فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلما فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنانير فلا يمتنع بقاؤها فى الذمة واستيفاؤها بعد اسلامهما أو اسلام أحدهما * ولو غصب مسلم من مسلم خمراً فجعلها خلا ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان له أن يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه امانة كانت عنده أو مضمونة * وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير أن يعطيه عوضاً . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمنه قيمته طاهراً غير مدبوغ لان صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة وذلك غير حاصل بفعله بل بتميز الجلد من الدسومات النجسة . وأكثرهم على أنه يضمنه قيمته مدبوغا لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا يغرم باعتباره شيئا واذا صار أصل الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله فأما اذا دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة وفي قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطيه مازاد الدباغ فيه * وجه قولهما ان الجلد باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه مازاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامنا كالثوب المغصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا لمعنيين (أحدهما) ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقى الجلد على ملك صاحبه بعد ماصار مالا متقوما كما فى الثوب الا أن هناك السبب الأول وهو الغصب غير موجب للضمان أيضا فله أن يضمنه بأى السببين شاء وهنا الأول وهو الغصب موجب للضمان فيتعين التضمين بالسبب الثانى وكان هو فى هذا السبب كغيره ولو استهلكه

غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب مازاد الدباغ فيه (والثانى) وهوانه لما بقى الجلد مضمون الرد عليه واذا تعذر رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لوهلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار اذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ماذا فات بغير صنعه * وكذلك لو دبغه بشئ لاقيمة له أوجعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك فى يده * وحجة أبى حنيفة رحمه الله فى ذلك ان المغصوب منه استفاد المالية والتقوم فى هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم * وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار مازاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقى حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفى بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا دبغه بشئ لاقيمة له لان الصنعة مابقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لايحبسه ولا يرجع ببدله وكذلك الخمر اذا خلله (والثانى) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقى بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجح على مالم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجح واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا فى صفة المالية رجحنا ماهو الأصل . واذا دبغه بشئ لاقيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الاصل حتى مكناه من أخذه . وعلك الوصف على الغاصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبعده فأما وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ فى معنى المالية والتقوم يترجح علي

أصل الجلد فيعتبر ذلك في ايجاب الضمان * يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدباغة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ماهو واجب له علي غيره *ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرم شيئا فاذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا فاذا تعذر ايجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدباغة حكما فيعتبر بما لو كان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قالا لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المغصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك في يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا رحمهم الله. وقال زفر هو ضامن للقيمة لان الابراء عن العين لغو فان الابراء اسقاط والعين ليست بمحل له اذ لا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضاً واضافة التصرف الى غير محله لغو. ولكنا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أى عما وجب لي عليك بسبب الغصب بمنزلة ابراء المجني عليه الجاني عن الجناية وابراء المشترى البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاكه وذلك قابل للاسقاط فيسقط عنه واذا سقط عنه ذلك بقي العين امانة في يده كالوديعة ولانه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الابراء فكذلك اذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية فحبلت عند الغاصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبي حنيفة رحمه الله على الغاصب ضمان قيمتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الغاصب ضمان النقصان لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يبطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب الا نقصان عيب الزنا * وكذلك المبيعة إذا سلمها الى المشترى وهي حبلى فماتت في الولادة لم يرجع المشترى على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لا على الوجه الذى قبضها ولما هلكت بالسبب الذى كان عند الغاصب يجعل في الحكم كأنها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت في الجناية فانه يضمن قيمتها ويجعل كانه لم يردها أصلا بخلاف الحمى لان الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان

عنـد الغاصب انما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتواليـة وذلك لايحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحبل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالا على السبب الأول. بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلدا مؤلما غـير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطا لاثمرة له فـلم يكن الهلاك محالا به على السبب الذي كان عنـد الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشترى على الوجه الذي يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجـد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب فى الولادة السلامـة فاتما على الغاصب نسخ فعله وذلك فى أن يرده كما قبضه ولم يوجـد ذلك * ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشترى فمات من ذلك فى يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فماتت من ذلك * ثم على قـول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هى قد تعيبت في يد الغاصب بعيب الزنا والحبل جميعاً * ففى القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمـد رحمه الله. وفي الاستحسان وهو قول أبى يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل فى الاكثر. وكذلك عند أبى حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحبل فعليه ضمان أكثرهما ولـكن ان كان عيب الحبل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قـدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا ينعدم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحبل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقق انفصال كل واحـد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحبل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الاقل فى الاكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل فى الاكثر لاتحـاد السبب فكـذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الوديعة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء. الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه. وبعد القبول عليه أداء ماالتزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل فى سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبى طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أدّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا أئتمن خان. على الموحد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور فى حق صاحبها وذلك حرام. فان وضعها فى بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان. فالمراد بالمغل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم أرض مغل أي كثير الريع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه. وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدى. وقال على رضى الله تعالى عنه لاضمان على راع ولا على مؤتمن. والمعنى فيه أن المودع متبرع فى حفظها لصاحبها والتبرع لايوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها فى يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا فى المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع * فان دفعها الى بعض من فى عياله من زوجته أوولده أو والديه أوأجيره فلا ضمان عليه اذا هلكت استحسانا. وفي القياس هو ضامن لأنه استحفظ من استحفظ منه. ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء فان كان هو منهيا عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره * وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من فى عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بداً من هذا فانه اذا خرج من داره فى حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت فى يد امرأته حكماً وما لا يمكن الامتناع عنه عفو * وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه . فاذا انشق الكيس فى صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة فى كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل فى المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة وما بقى على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من فى عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحا أو دلالة وذلك لا يوجد فى الخلط ولكن الضمان على الذى خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير فى ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصغر * ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التميز بعده كخلط الشيء بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه * وخلط يتيسر معه التميز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط * وخلط يتعسر معه التميز كخلط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا بحرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب ﴿فان قيل﴾ تميز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الحنطة ويطفو الشعير ﴿قلنا﴾ في هذا إفساد للمخلوط فى الحال . ثم الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا يخلو الشعير عن حبات الحنطة فما كان من حبات الحنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فعرفنا أن التمييز متعذر بهذا الطريق أيضاً وكذلك خلط الجياد بالزيوف ان كان بحيث يتعذر التمييز أو يتعسر فهو موجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه * يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شئ صح ذلك في حقهما وان أبى ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي بيناه في الغصب قبل هذا الجواب. إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما على ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الحجر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح انه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق مالم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو بيعا وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا علي شئ * واذا كان عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شئ من المكيل أو الموزون فانفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها اعتبارا للبعض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقي منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعيض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق احداهما لا يكون ضامنا للأخرى. فان جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامنا لجميعها لان ما أنفق صار دينا في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطا لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه * فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفي الثمن فضل قال يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قد ملكه مستنداً الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذ بيعه فكان هذا ربحا حاصلا على ملكه وضمانه فيطاب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذا ربح حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة

اما لبقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ماقلنا والربح الحاصل بكسب خبيث سبيله التصدق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ماملكه وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة السكناني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاوساق ونسمي أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يامعشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة . فعملنا بالحديث في ايجاب التصدق بالفضل وهذا اذا كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشترى بها ثم ينظر ان اشترى بها بعينها ونقدها لا يطيب له الفضل أيضاً وان اشترى بها ونقد غيرها أو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقدها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع تعين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض من البائع ليعطيه مثلها فلهذا قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المغصوبة لايطيب له الفضل وكذلك إن اشترى بها مأكولا ونقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل أداء الضمان ولو اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها * وفي النوادر لو اشترى دينارا بعشرة دراهم ونقد الدراهم المغصوبة لم يحل له ان ينتفع بالدينار مالم يؤد الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدنيار فكانت كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف مالو نقدها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هنالك لايبطل الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان * وعلى هذا قالوا لو غصب ثوباً واشترى به جارية لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية * ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له أن يطأها لان المغصوب منه اذا استحق الثوب لايبطل النكاح ولا التسمية (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا ضمان عليه لان رفعه حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه * بقي مجرد نية الانفاق في حاجته وبمجرد النية لايصير ضامنا كما لو نوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون يقولون كان ولماأى كان يعصى فعصم والمعصوم لايعاقب بعقوبة من عصى . ولئن صار ضامنا بالرفع فقد عاد الى الوفاق برد العين الى مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا على مانبينه بخلاف

ماسبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عوداً الى الوفاق فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندى فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة فى هذا الكتاب وفى المضاربة ان البيع نافذ فعرفنا ان الاوجه هو الطريق الثانى (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذى سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفى التهمة عنه * وكذلك لو سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدرى كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدرى كيف ذهبت فمنهم من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامنا بخلاف ما اذا قال ذهبت ولا أدرى كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا معتبر بعد ذلك بقوله لا أدرى كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامنا لانه مخبر بهلاكها محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدرى كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكفى فى براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من فى عياله فهو كقوله رددتها عليك لان يد من فى عياله لما جعل كيده فى الحفظ فكذلك في الرد يد من فى عياله كيده فلا يصير بهذا مقرا بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبى ليلى رحمه الله لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبى فكذلك له أن يودع الوديعة من غيره فلا يصير ضامنا بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذى التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المغصوب الي يد صاحبه * وكذلك العارية فى جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفي هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبياً كالمودع وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير ان يعير فيما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به وفى الاعارة ايداع وزيادة ولكن الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه فى ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما ايداعه من الغير فهو تصرف في العين ولا حق له فى العين فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع * فان قال بعثت بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعتها اياه ثم ردها علىّ فضاعت عندى لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى مايسقط عنه فلا يصدق كالغاصب اذا ادعى رد المغصوب فان أقام البينة على ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم وهو مذهبنا فان المودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعى رضي الله تعالى عنه لا يبرأ وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعه فهلك وحجة الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلكت في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبالخلاف من طريق الفعل أخرى ثم اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك الخلاف مالم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع مسير يده من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يد عاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبالخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلا أولتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا يبقى العقد بعدفوات موجبه . ولان الانسان انما يأتمن الامين على ماله دون الخائن ومطلق العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بنقد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل الخلاف لايبقى بعده * وحجتنا فى ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان الوصف انه قال احفظ مالى أو قال احفظه أبدا ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لابطاله أو بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون فى حال غيبة المودع ولو قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد . ولانه تصرف فى حفظ الواجب بالأمر على خلاف مايوجبه وليس بتصرف فى الأمر وصحة الامر كأن يكون الآمر أهلا له وكون الحفظ مقصوداً من المأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك فى ملكه لايكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر (وكذلك) فى أوامر العباد اذا وكله يبيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالايداع . وعذره ان البيع لايستغرق المدة فالامر به لايبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض المدة هنا وهناك حتى يصير ضامنا * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم لايبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف لان بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم وغير اللازم فيما هو رد . ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ فى المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد فى ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراءه كبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الى مكان فقد قال بعض أصحابنا رحمهم الله ان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان بالعود الى ذلك المكان فيصير ضامنا بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالعود الى ذلك المكان لايعود العقد بينهما * ولو سلمنا

فنقول العقد هناك يرد علي منافع الدابة فى ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه انما وقع التغير فى التسليم فى بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فاذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملا آخر فى ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان فى الاستيفاء ولان المستأجر ضامن بالامساك لا فى المكان المأمور به وهو في الامساك عامل لنفسه * ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف على ماقال فى الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فاما ان يجعل فى حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبث به فان هلك من عمله ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندوانى رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك فى حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله * وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه * ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ماثبت ضمنا للشئ يتقدر بقدره ففيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء *ولو أودعه ابتداء برىء عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا * وتبين بهذا ان استرداده يد عاريته كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقييد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحدا لا يظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالى مالم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت فاترك الخيانة واحفظه لى لان مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة الى ذلك فى حالة الخلاف أظهر * واذا طلب المودع الوديعة فجحدها المستودع

كان ضامنا لها لوجهين (أحدهما) أنه بالجحود صار متملكا فان الشرع جعل القول قوله فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه الا بالضمان ولان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالجحود صارمانعا المالك عن ملكه مفوتا عليه يده الثابتة حكما فيكون كالغاصب ضامنا بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب اذا جحدها لافي وجه المودع * فان قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدها أوجحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها . وذكر النصابين في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامناً لما ذكرنا انه بالجحود متملك لها ومفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لايكون ضامناً لان المالك ماعزله عن الحفظ فيكون العقد باقيا وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولان الجحود في حال غيبة المالك من الحفظ لانه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلايكون موجباً للضمان عليه * فان أقام رب الوديعة البينة بعدجحود المودع انه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة انها ضاعت فهو ضامن لها لانه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر عليه الضمان * وكذلك ان أقام البينة انها كانت ضاعت قبل جحوده لان البينة لاتقبل الا بعد تقدم الدعوى * وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله فلهذا لاتقبل بينته الا أن يقر المودع بذلك فحينئذ لاضمان على المودع لان الاقرار موجب بنفسه في حق المقر ولان المناقض اذا صدقه خصمه كان مقبول القول * وان قال لم تودعني شيئا ثم قال قد أودعتني ولكنها هلكت فهوضامن لها لما بينا ان جحوده أصل الايداع يمنعه من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعدالجحود يؤكد الضمان عليه * وان قال قدأعطيتكها ثم قال بعدأيام لم أعطكها ولكنها ضاعت لم يصدق وهوضامن لها * وطعن عيسي في هذا وقال لاضمان عليه لانه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الانفراد لم يكن ضامناً فبمجموعهما كيف يصير ضامناً * وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعى سببا لامحالة ولم يوجد لان قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثانى) ان قول المودع رددتها أوهلكت معتبر في نفي الضمان عنه لافي ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد علي الوصي لم يضمن الوصى شيئاه واذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما هو المقصود لايكون ضامناً شيئا * ووجه ظاهر الرواية انه مناقض في كلامه لان اخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتا ممتنعاً من رد الوديعة بعد ماطولب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعتني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتني فهو ضامن لها لاقراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم البينة أو يأبى المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل وضعتها عندى وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان الأخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الحنطة بالشعير انه ان كان بحيث يستطاع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الحنطة فتغربل فتتميز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للألف فالقول قوله انه من أى جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرىء من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف ﴿رجل﴾ استودع صبياً محجورا عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله * وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أوأمة فقتلهما الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الاموال ولان الايداع من الصبي باطل لانه استحفاظ من لايحفظ فكانه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لايحفظ تضييع للمال فكانه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فاتلفه صبي كان ضامناً فكذا هذا وحجة أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ماقال في الكتاب لانه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه اليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لان عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الامور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير كالاذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لايخرج من أن يكون اذنا لانه انما يخاطب بهذا من لايحفظ فهو كمقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لاتأكل . بخلاف العبد والامة لانه ليس من عادة الصبيان القتل لانهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون ايداعه تسليطا على القتل باعتبار عادتهم وهذا بخلاف الدابة فان من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة بطريق العادة * والاصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال اليه فان المالك باعتبار يده كان متمكنا من استهلاكه فاذا حول يده اليه صار ممكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع أو صبيا الا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله فيبقي التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد اليه مطلقا بخلاف العبد والامة فان المالك باعتبار يده ما كان متمكنا من قتل الآدمي فتحويل اليد اليه لا يكون تسليطا على قتله ولان الايداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقى على أصل الحرية فلايتناوله الايداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف مالو قال اقتل عبدي لان ذاك استعمال والاستعمال وراء التسليط فان بعد الاستعمال اذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط حق المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا الموضع ان الصبي المستهلك اذا ضمن للمستحق لايرجع على المودع بخلاف مالو قال له أتلفه فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أبحت لك أن تأكل هذا الطعام ان شئت ولو قال ذلك فاكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك فهذا مثله الا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ماوراء الحفظ من هذا التسليط فاذا استهلكه الصبي كان مستهلكا بغير اذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقا وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثناؤه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذى هو تسليط ولا يكون معارضا الا بعد صحته حكما لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك فى حق البالغ دون الصبى فيبقى التسليط مطلقا في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لوضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنسانا يأخذها أو دله علي أخذها والبائع يضمن بمثله فعرفنا ان العارض صحيح فى حق البالغ دون الصبى *وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان العارض صحيح فى حقه دون المولى فانه التزام بالعقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه فى الحال لان المودع يتصرف على نفسه فى الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه * فان كان العبد صبياً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعتق لان العارض لم يصح فى حقه ولا فى حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذوناً كان ضامناً فى الحال لان العارض قد صح فى حقهما وفى حق المولى فالمأذون من أهل الالتزام بالعقد ولهذا يؤاخذان بضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبياً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبد محجور عليه شيئا فاستهلكه فهو علي هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعت معارض فلا يعمل هذا المعارض فى حق الصبي أصلا ولا فى حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذى يخرج عليه هذه المسائل (وان) هلكت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفى قتل العبد والامة يجب عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول فى ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد الصبى وخطأه سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء فى العبد وعليه القيمة فى المدبر وأم الولد يعنى الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسعى فى الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلا شيئا فاستهلكه ابن له صغير أو عبد فعلى المستهلك ضمانه فى الحال

لان قبوله الوديعة يكون إذنا لمن في عياله بان يحفظها والصبي والعبد اذا كان مأذونا في حفظ الوديعة يؤاخذ بضمان الاستهلاك * ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا ألف درهم فدفعها المستودع الى آخر وادعى ان رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه الا ببينة (وقال) ابن أبي ليلي هو مصدق في ذلك مع يمينه لان عنده للمودع أن يودع وهو منكر لوجوب الضمان عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه الى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعي مايسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق الا ببينة كما لو أخذ مال انسان فادعى أنه أخذه باذنه . وله ان يستحلف صاحبها انه لم يأمره بالدفع لانه لو أقر بالامر برئ المودع فاذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله * فان كان رب الديعة أمره أن يدفعها الى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفعها فالقول قول المودع مع يمينه لان دعواه الدفع الى من أمر المالك بالدفع اليه بمنزلة دعواه الدفع الى مالكها فيكون مصدقا في براءته عن الضمان دون وصول المال الى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل مالم تقم البينة على قبضه * واذا قال صاحب الوديعة للمودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر في داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا وفي القياس هو ضامن لانه خالف أمره نصا فهو كما لو قال اخبأها في دارك هذه فخبأها في دار أخرى فهلكت * وفي الاستحسان نقول نما يعتبر من كلامه ما يكون مفيدا دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى انه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أوانظر اليها بعينك اليمنى دون اليسري لم يعتبر لانه غير مفيد * اذا ثبت هذا فنقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق اذا أخرج المتاع من أحد البيتين الى البيت الآخر لم يقطع اذا أخذ قبل أن يخرجه من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيداً لان كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها لان التقييد في المصرين مفيد فان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها لشئ لم يكن له منه بدٌ فهلكت فلا ضمان عليه لان المودع انما يلتزم شرط المودع بحسب امكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها لان ماشرط عليه ليس في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه اذا لم يجد بدا من الانتقال من بلد الى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلكت وهذا بناء على أصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومتاعه وماله على قلتٍ الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر . يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شئ يراعى اطلاق أمره كأوامر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق أمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذى فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبوحنيفة ماله حمل ومؤنة وما لا حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني اتهمهم عليها فدفعها الى الذى نهاه عنه فهلكت فان كان يجد بداً من الدفع اليه بأن كان له سواه أهل وخدم فهو ضامن وان كان لا يجد بداً من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب الامكان فاذا كان يجد بداً من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور * فيصير ضامنا بحفظها على الوجه المنهيّ عنه واذا كان لا يجد بداً من ذلك فهو حافظ لها بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها * واذا استعمل المودع الوديعة وأقر بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلكت لم يصدق الا ببينة لان السبب الموجب للضمان عليه وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق إلا بحجة فان أقام البينة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها وديعة عنده لا يمكن فى شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلا وديعة من دراهم أو دنانير أو ثياب أو دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه الى القاضى لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد فى الامالي قال قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشريكين في الدين اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفعاً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون واضح فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه اليه وقد بينا نظيره فى مال المفقود ومذهب أبي حنيفة مروي عن على رضى الله تعالى عنه والمعنى فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعاً أو نصيب الحاضر خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب فى القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جناية فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضي به والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضي بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون انما يقضي بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب فلهذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه ﴿ رجل ﴾ أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال أرسلني اليك صاحب الوديعة لتدفعها الي فصدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أولم يصدقه ولم يكذبه ودفع المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعني ان الرسول قال له ان لحقك فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب الوجوب فلهذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة فغصبها منه رجل فهو خصمه فيها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر . ولكنا نقول للمودع يد معتبرة في الوديعة وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالغصب ولانه مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالمأمور به دلالة وفى اثبات حق الخصومة له تحقيق معنى الحفظ لان الغاصب اذا علم أن المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على أخذه فلهذا كان المودع فيه خصما * وان كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها فاقتسماها وجعل كل واحد منهما نصفها فى بيته فهلك أحد النصفين أوكلاهما فلا ضمان عليهما. وهكذا أمر الناس لانهما لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بينا أن المودع انما يلتزم الحفظ بحسب امكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص . وان ابيا القسمة وأودعاه عند رجل فهلك ضمناه لتركهما ماالتزماه من الحفظ . والمستبضعان والوصيان والعدلان فى الرهن قياس المودعين فى ذلك . فان تركها احدهما عندصاحبه وان كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمة فلا ضمان على واحد منهما اذا هلك لان المالك لما أودعهما مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما لجميعه * ألا ترى انهما يتهايآن فى الحفظ وفي مدة المهايأة يتركه كل واحد منهما عند صاحبه فى نوبته * فان كان شيئاً يحتمل القسمة فتركه احدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذى هلك فى يده لانه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبى حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله فانه ضامن للنصف لانه ترك الحفظ الذى التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من القسمة ليحفظ كل واحد منهما نصفه . وعندهما لا يضمن شيئاً لانه لما ائتمنهما فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمة وقول أبى حنيفة أقيس لان رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فاذا كان الحفظ منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ احدهما للكل وحده (واذا) احترق بيت المودع وأخرج الوديعة مع متاعه ووضعه فى بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لانه ترك الحفظ الذى التزمه بالتسليم الى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك فى الضمان. وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه لا يجد بداً من هذا فى مثل هذه الحالة ولان وضعه فى بيت جاره فى مثل هذه الحالة من الحفظ لأنه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة ألا ترى أنه انما يحفظ الوديعة على الوجه الذى يحفظ مال نفسه وانما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق • أرأيت لو كان في سفينة فغرقت فناول الوديعة انساناعلي الجلد يمسكها أكان صامنا (واذا) كانت الوديعة إبلا أو بقراً أو غنما وصاحبها غائب فان أنفق عليها المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالانفاق على ملك الغير بغير أمره وان دفعها الى القاضي يسأله البينة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضى فيه فلا يصدقه الا ببينة فان أقام البينة انها وديعة عنده لفلان أمره ان ينفق عليها من ماله على قدر ما يرى القاضى لانه مأمور بالنظر والحيوان لا يبقى بدون النفقة والمودع لا ينفق بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك دينا على رب الوديعة لان أمر القاضي فى حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان ما ينفقه دينا له على المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره على رد نفقته عليه • وان رأى القاضى أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان في الامر بالانفاق تلف بعض المالية على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية فلهذا نفذ بيعه بأمر القاضى * وان لم يكن رفعها الى القاضى واجتمع عنده من ألبانها شئ كثير يخاف فساده أو كان ذلك ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضى فهو ضامن لها ان كان فى مصر يتمكن من استطلاع رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الى النظر له • ولو تمكن من استطلاع رأى المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامنا فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان فى موضع لا يتوصل الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشئ لم يضمن استحسانا لان بيعه الآن من الحفظ وليس في وسعه الا ما أتى به (وحكى) ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم فى طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الى محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لو لم تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح * وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل وان هلكت الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الى مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللبن فان ذاك يتولد من الاصل فيملك بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعاقد • وقد بينا نظيره

في الغصب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله فى ذلك وقال رب الوديعة لم آمرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان فى الوديعة وهو الانفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا ببينة واذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان. فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا على اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين والعقر كالارش فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة نقصتها ولم يكن فى الولد وفاء بها وان كان فى الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم فى حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجبر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد فى نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه فى انجبار نقصان الولادة به *(رجل)* استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذى فى يده فوقع عليها المشترى فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها فى صحة الاستيلاد ولو كان الملك له فى جميعها ظاهراً كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة. ثم ردقيمة الولد كرد عين الولد فى جبر نقصان الولادة به فان لم يكن فى قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشترى لان المشترى كان غاصبا لها فى حق مالكها فيكون ضامناً لما حدث من النقصان فى يده ثم يرجع المشترى علي البائع بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أمينا فى نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذى حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما فى ذلك لان البائع منهما مناقض فى كلامه والآخر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضاً بالضمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشترى باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم فى جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما ﴿فان قيل﴾ كيف يغرم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره ﴿قلنا﴾ نعم ولكنه صار مكذبا فى زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشترى فلهذا سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ماعنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار دينا له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان مايكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال دينا عليه وأنكره ثم أودعه مثله. فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا بيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء * وحكى عن ابن أبى ليلى رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لايكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتهن يحبس المرهون بايجاب الراهن ملك اليد له فى العين وان كان عند الهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية. ثم عند المجانسة اذا طلب الثانى يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لايلزمنى تسليم شيء اليك. فان قال للقاضى حلفه بالله مااستودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدى المدعي عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضى أن ينظر له فيجيبه الي ذلك فأما اذا لم يذكر هذا فان القاضي يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه مايدعى ثم لا ينبغى له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذبا فى يمينه ولا رخصة فى اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يحلف ما استودعني شيئاً الا كذا وكذا يستثني ذلك بكلامه . يخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد الى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفي لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة مايتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخا أو معارضا ومجرد النية لاتصلح لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء . وجه ذلك مالو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك وفهمه * وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدري أحيّ هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العهود وفاء لاغدر فيه بخلاف اللقطة فان مالكها غير معلوم عنده فبعد التعريف التصدق بها طريق لايصالها اليه وهنا مالكها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر المالك أو يتبين موته فيطلب وارثه ويدفعها اليه * وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة . فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته . وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا * وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلا للامانة فالامانة تصير دينا في تركته عندنا لانه بالتجهيل صار متملكا لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضي للوارث والمودع بالتمليك فيصير ضامناً ولانه بالتجهيل يصير مسلطا غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامناً كما لو دل سارقا على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة بيانها عند موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك البيان عند الموت . وابن أبي ليلي يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكنا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب مالم يتبين خلافه * وربما يقول حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته في حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته . ولكنا نقول صار حقهم أيضاً دينا قبل

.وته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في عين المال الذى في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتهن في الرهن فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء ﴿ واذا ﴾ رد المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البينة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك وبيان الانتساخ من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلأنه مأمور بالرد شرعا على من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصباً معروفا فطالب المودع بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضى ذلك * وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا فالمودع بالرد على من أخذه منه يكون ناسخاً حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان وجوب الضمان عليه باعتبار التفويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده * وكذلك ان كان المودع صبياً أو عبداً محجوراً عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبياً أو عبداً لان المسقط للضمان فى حق المودع رده الى من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذه منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامنا بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذى أخذه منه وذلك ناسخ لفعله ﴿ عبد ﴾ استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً لان المودع ما قبض منه شيئاً .ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام ملكه في رقبة الدافع في الحال (والثانى) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد فى كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصى فينبغى للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصى بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها الى الوصي ليبيعها فيقضي الدين ثم يدفع مابقى الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أودابة أوثوبا واحدا عند رجلين فانهما يتهايآ ن على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهرا لان اجتماعهما على الحفظ آناء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذى يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمنا شيئاً اعتبارا بما لو هلك في يد احدهما في زمان المهايأة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتنى إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة فى العبد فصار ضامنا قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه * رجلان * ادعى كل واحد منهما أمة في يد رجل أنه أودعها اياه وقال المستودع ما أدرى لايكما هى غير أنى أعلم أنها لأحد كما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهومنكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتمام بيان المسئلة فى كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلي في فصل وهو انه اذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويغرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبى ليلى يردها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلا فى حق كل واحد منهما فيصير ضامناً ثم بنكوله صار مقرا لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامناً لكل واحد منهما ما بقى من حقه وذلك بأن يغرم قيمتها بينهما ألا ترى انه لوقال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الي الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثانى وانه صار مستهلكا على الثانى باقراره بها الأول فيكون ضامنا له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضي وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد . وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لايكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شيء وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره قد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع ﴿ رجل ﴾ استودع رجلا وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعد بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لها أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء . وعند ابن أبي ليلى لاضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأما هما فيقولان الاول متعد في التسليم بغير اذن المالك والثاني متعد في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملك فتبين أنه أودع ملك نفسه وقد هلكت في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثاني بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ماسلمها الى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئاً . يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا للضمان عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لايجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصر الثاني ضامناً بالقبض كان هذا في حقه كثوب هبت به الريح وألقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق لما وجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شيء من

الضمان لانه لوضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والفعل الواحد لا يكون موجباً للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامناً بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثانى ولهذا يعتبر فى كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب العارية ﴾

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى إملاء * العارية تمليك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريها عن العوض فانهامع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية فى الثمار بالتمليك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أوما يجوز تمليك منافعها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هى مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضاً لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه فى مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضاً (وكان) الكرخى رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا تمليك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجهالة تمنع صحة التمليك أما لا تمنع صحة الاباحة وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئاً بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالموهوب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتمل التمليك بعوض فتحتمل التمليك بغير عوض أيضا كالعين والدليل عليه أن المستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيح لغيره ﴿ والعارية ﴾ تنعقد بلفظ التمليك بأن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا أو جعلت لك سكنى دارى هذه شهرا إلا أنه لا يؤاجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالو استأجر دابة أو ثوباً ليس له أن يؤاجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون فى ذلك ففى الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير فى الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لوملك المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك فى المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد فى العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة اذا أراد المعير الاسترداد . ولان المعاوضات يتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق فى غير المعلوم فأما العارية لا يتعلق بها صفة اللزوم فلهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا اعلام مايحمل على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه فى قليل المدة وكثيرها مالم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤاجرها فان آجرها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب الغصب . وان هلكت بعد ما آجرها كان ضامنا لها فاذا لم يؤاجرها ولكنها هلكت فى يده لم يضمن في أقوال علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلى وابن مسعود رضوان الله عليهم وقال الشافعى رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبى هريرة رضي الله عنهما . واحتج فى ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بنى نجران وما تعار رسلي فهلكت على أيديهم فضمانها على رسلي . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق فى موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهى أنه لما قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا انه مقصور على المنفعة لا يتعدى الى العين فصار فى حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو المعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالقبض بطريق الغصب • يقرره أن ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا بردالعين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا مالزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المغصوب منه ضح بها فان هلكت قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئاً . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضاً لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير في العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر • وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعرى عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض * وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فبحكم الاذن فى القبض والاعطاء ينبغى أن يجعل قبضه كقبض المالك أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لان منفعة النقل حصلت له والرد فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة أيضاً فأما ضمان العين انما يجب علي من فوت شيئاً على المالك . بقبضه كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك مارضى بقبضه الا بجهة العقد فقيما وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن العيب فأما عقد التبرع لا يقتضي ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمان الغرور عندنا (وقوله) بأنه قبض العين لا عن استحقاق تقدم (قلنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير استحقاق تقدم فالقبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك فى ضمان الرد لانه يبقى ببقاء الرد وحديث صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا كان محتاجاً الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعاً ولكن بشرط الضمان كمن اصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لاهل مكة عند صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤداة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثانى أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان علي نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ماذكره فى المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربى من الشرائط مالا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطييبا لقلب صفوان على ماروى انه هلك بعض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمناها لك فقال لا فانى اليوم

أرغب فى الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الابراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) ومايعار رسلي فهلك على أيديهم أى استهلكوه لانه يقال هلك فى يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام فى وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين * قال (وان استعار الدابة يوما الي الليل ولم يسم مايحمل عليها لم يضمن اذا هلكت) لانه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضى المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما فى المودع اذا طولب بالرد فلم يرد حتى هلكت . وهذا بخلاف المستأجر فانه بعد مضى المدة اذا أمسكها لايضمنها مالم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد مضى المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (واذا لم يؤقت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الحنطة فحمل ينقل عليها الحنطة أياما فلا ضمان عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالنهى والمطالبة بالرد ولم يوجد * وان حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن لانه خالف ماأمره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير إذنه * وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير ماعينه المالك ولكنه مثل ماعينه فى الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم [٣] من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد والتعيين لايفيد شيئا فان حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثانى) أن يخالف فى الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها عشرة أقفزة شعير . فى القياس يكون ضامنا لانه مخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وفى الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لافائدة للمالك فى تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة

(٣) (مخاتيم) جمع مختوم وهذا الصاع كما فى القاموس اه مصححه

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيده شيئاً حتى قيل لو سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الحنطة (والثالث) أن يخالف الى ماهو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع فى موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الحنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا له. وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا (والرابع) أن يخالف فى المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوما فهلكت فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطيق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ماأذن له في اتلافها * وللشافعى ثلاثة أقاويل في هذه المسئلة. قول مثل قولنا. وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ماهو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس. وقول آخر أنه يضمن نصف قيمتها لانها تلفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته. ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذاك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات فقد تقوي الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات فى موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين. وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئاً فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالـكها فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمـل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفى البعض مخالف فيتوزع الضمان علي ذلك * واذا جاوز المكان الذى سمى له وأخـذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعملها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيـد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة * وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوبا هرويا فحمل عليها مثل ذلك مرويا أو قوهيا أو نرمقاً لم يضمن لان التقييد بالهروى غـير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروى فى الضرر على الدابة * وكذلك في الوزنيات من الادهان وغـيرها كل تقييد يكون مفيـداً فهو معتبر واذا خالف ذلك كان ضامناً وما لا يكون مفيداً لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلا ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفى النصف مخالف والجزء معتبر بالكل ﴿ فان قيل ﴾ أليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غـيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معـه أولى لان الضرر على الدابة أكثر ﴿ قلنا ﴾ اذا حمل عليها غـيره فهو مخالف فى الكل واذا ركبها فهو موافق فيما شـغله بنفسه مخالف فيما شـغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر اذا حمل عليها غـيره ووجب الأجر اذا ركبها وحمل مع نفسه غـيره وهذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتـبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذى حمله مع نفسه أخف منـه أو أثقل منـه . بخلاف مسألة الحنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال فى مثل هذا (فقال) أرأيت لو كان يوزن كل واحـد منهما أيوزن قبل الطعام أوبعـده قبل الخلاء أوبعده لان الضرر فى حق الراكبين على الدابة لايكون باعتبار الثقل والخفة فرب ثقيل يروض الدابة اذا ركبها لهدايته فى ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه فى ذلك فلهذا اعتبرنا المناصفة * فان قضى حاجتـه من الدابة ثم ردها مع عبـده أوبعض من هو فى عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من فى عياله فى الرد كيده كما أن يد من فى عياله فى الحفظ كيده والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من فى عياله ولهذا يعولهم فكان مأذونا فيه من جهة صاحبها دلالة * وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذى يقوم عليها فهو برىء استحسانا . والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان مالم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هـذا السائس ولودفعها اليـه لـكان يدفعها الى السائس أيضاً فـكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منـه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليـه دلالة ولم يوجد مثل هـذا العرف فى الوديعة فان صاحبها هو الذى يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها فى يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقـد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه فى مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة*وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار فـكان هذا تقييدا مفيداً في حق صاحب الثوب فاذا ألبسـه المستعير غيره صار مخالفا ، وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون فى الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها. فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس فى الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعى رحمه الله تعالى ليس للمستعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره فى ذلك كالمباح له الطعام لا يبيح لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير * ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به. وحجتنا فى ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئا فقد جعل لك منفعة ذلك) والدليـل عليه انه لو قال ملـكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتمليك من الغير يتصرف فى ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه فى حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيح الا ان العين بقى على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس فى الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه فى ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين فى العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه. والمشترى اذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف في ملكه ثم ينقض تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضا على ان يبنى فيها أو على أن يغرس فيها نخلا فأذن له صاحبها فى ذلك ثم بدا له ان يخرجه فله ذلك عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعد فى البناء والغرس فلا يهدم عليه ذلك وصاحب الارض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر. فأما صاحب البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الارض أن يأخذها ما لم يفرغ ولكنا نقول الارض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها اللزوم فلا يمتنع بسببه عليه اثبات اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هى مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغه ولا ضمان له على صاحب الارض عندنا (وقال) ابن أبى ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يندفع الضرر بهذا. وشبه هذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه ولكنا نقول صاحب الارض غير راض بالتزام قيمة البناء ففى الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك الآخر ممكن بخلاف مسئلة الصبغ فان تمييز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغى أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت له وقتا عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه عندنا. وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الارض فى يده واقرار بنائه فيها في المدة التى سمى فاذا لم يف بذلك صار غارا له والمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فهلك المعير لم يصر غاراً له ولكن المستعير

مغتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد بينا فيما سبق أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر عقد ضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة الى التوقيت فى تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس ذلك الا التزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لى فى هذه الارض لنفسك على أن أتركها فى يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك ما تنفق فى بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لان البناء والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير (وقيل) هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار ضرر عظيم بالارض فأما اذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يتملكها عليه بالقيمة * وان كان اعاره الارض ليزرعها ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتا فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجه ففى القياس له ذلك كما فى البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها. ولكن فى الاستحسان لا يأخذها صاحبها الى أن يحصد المستعير زرعها لانه ما كان متعديا فى الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير فى ابطال ملكه ولو تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق ضرر التأخير فاذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجح جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبع وبخلاف الغصب لان الغاصب متعد في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدى ابقاء زرعه ولم يبين فى الكتاب ان الأرض تترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغى أن يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع نقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب الارض عن منفعة ملكه مجانا لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين اذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدى عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤاخذ بضمان الاستهلاك فى الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبى ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكنا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط للضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر * وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن مابدا له فاذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك البانى شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعارة وهى اجارة فاسدة لجهالة المعقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه * فان قيل * لماذا لا يملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له باتصاله بالارض * قلنا * كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المعدوم لا ينعقد أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المعير والمستعير انقطعت العارية. أما اذا مات المعير فلان العين انتقلت الي وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث علي ملكه وانما جعل المعير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الوراثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى * وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناه لك فان قوله لك يحتمل تمليك العين ويحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما تثبت العارية

بهذا اللفظ ثم تنقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا الذى عندك وأمرنى ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكر المعير أن يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له)لانه يدعى على المعير الامر بالدفع اليه وهو منكر فالقول قوله مع يمينه واذا حلف يتبين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب للضمان عليه ﴿فان قيل﴾ لماذا لم تجعل هذه اعارة من المستعير حتى لا يكون موجباً للضمان عليه ﴿قلنا﴾ المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء وهنا تسليمه الي الثانى لم يكن بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل كالمعير منه ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعى ففى زعمه أنه مستعير من المالك وانه لا ضمان على واحد منهما الا أن المالك ظالم حين ضمنه ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه *وان كان الذى جاء فقبض العارية منه خادم المعير وأنكر مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادم المعير كالرد علي المعير فلا يكون سبباً لوجوب الضمان علي المستعير *واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها علي معلفها فضاعت فهو ضامن لها في القياس لانه ضيعها حين أخرجها من يده ولم يسلمها الي أحد يحفظها . ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان مضيعاً ضامنا فكذلك المستعير وفي الاستحسان لا ضمان عليه لانه ربطها في موضعها المعروف ولو ردها علي صاحبها لكان يربطها فى هذا الوضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للعادة الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من مربطها ويردها الى مربطها فيثبت الاذن له من جهة صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة . وهذا بخلاف الغاصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى مربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما المستعير فهو أمين فانما الحاجة الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة لان المربط في يد صاحب الدابة فاعادتها الى المربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكما(ولو جحد المستعير العارية ثم زعم انها هلكت فهو ضامن لها) لان العين كانت أمانة في يده فيصير ضامنا بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا فى ذلك * وفيه طريقان اما الهبة أو القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذى يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال فى الاصل أرأيت لو استعار دراهم يشترى بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها فى منزله أو سكينا محلى أو سيفا أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذا قرضا لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صيرفيا استعار دراهم أو دنانير ليتجمل بها فى حانوته أو ليعبر بها صنجاته فانه لا يكون قرضا لانهما لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن فى استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذ بها فى طريق آخر الي ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون فى الوصول عليها الي ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفا فى أى طريق ذهب بعد أن يكون طريقا يسلكه الناس الي ذلك المكان فان كان طريقا لا يسلكه الناس الي ذلك المكان فهو ضامن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعبر فجاوز بها حمام أعبر ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردها الى صاحبها ﴿قيل﴾ هذا اذا استعارها ذاهبا لا راجعا فأما اذا استعارها ذاهبا وجائيا فلا ضمان عليه وهكذا ذكر فى النوادر لانه فى الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصبا فلا يبرأ الا بالرد علي المالك وفى الثانى انما يضمن بالخلاف وهو استعمالها وراء المكان المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا ﴿وقيل﴾ الجواب فى الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفى الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كما لورده على المالك وهذا لا يوجد هنا فبقى ضامنا كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة فى هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضا فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الغرور الثابت بعقد ضمان لا لان يده يد المالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا فأمسكها فى المصر أياماً كان ضامنا فكذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمناه بامساكها في غير الموضع الذى تناوله الاذن ولا ينعدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها البينة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها الي صاحبها أخذت بينة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبينة المستعير تنفى ذلك والبينات للاثبات * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البينة انها دابته يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البينة أنه لم يبع ولم يهب لان ذلك لايدعيه أحد والقاضى نصب لفصل الخصومات لا لانشائها فان ادعى ذلك الذى أراد أن يضمنه أوقال أذن لى فى عاريتها يحلف علي ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كاقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد فى حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصر مغروراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضا بخلاف المستأجر فقد صار مغروراً من جهة الاجر بمباشرته عقد الضمان واشتراط العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذى نفقت فيه الدابة لانه استوفى المعقود عليه وذلك للأجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير العبد التاجر والعبد الذى يؤدى الغلة الدابة . وفى القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه فى التجارة والاعارة ليست من التجارة فى شئ * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه فى حانوته أو يضع وسادة له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أوصنجات الميزان فاذا لم يعر لا يعار منه عند حاجته أيضا * وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة والاهداء الى المجاهدين بشئ . والاصل فيه ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابوني. فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده * والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له في التجارة لانه لا يتمكن من الاداء إلا بالاكتساب فأمر المولي إياه بأداء الغلة يكون إذناله في الاكتساب * ﴿عبد مأذون له﴾ أجر دابته من رجل فنفقت تحته فاستحقها رجل وضمن الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغروراً من جهته باشتراطه العوض لنفسه والمأذون يؤاخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تبين خطأ بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمغرور ان ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاد هذه الجارية في البيع فأنا ضامن لك ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤاخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤاخذ بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا. ولهذا لا رجوع على المعير الواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد في التزام صفة السلامة بعقد المعاوضة وهو التجارة كالحر * واذا أعار عبد محجور عليه عبدا مثله دابة فركبها فهلكت تحته ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب للملك بالتسليم الى الاخر والآخر مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان محجورا عليه فلا يؤاخذ بضمان الأقوال وان ضمن المعير رجع به مولاه في رقبة الراكب لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه. فتبين ان الراكب أتلف ملكه بغير رضاه. وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لان اذن العبد المحجور عليه غير معتبر في اسقاط حق المولى فبقي الراكب مستعملا دابته بغير رضاه فكان غاصبا ضامنا * وان استعار الرجل دابة نتوجا فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك ما في بطنها أولى وان ضربها ففقأ عينها او كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما أذن له المالك في الركوب دون الضرب * ولو استعار من رجل سلاحا ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون في الاستعمال والاستعمال لا يكون الا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما أذن له فى المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا * قال (واذا قال المستعير فى صحته أو مرضه قد هلكت منى العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها فى السكة ودخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلى عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا لم يربطها بشئ فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجد المستعير من ذلك بدا . والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره . ألا ترى أنه قال وان كان فى صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه . فبهذا تبين ان المعتبر أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشئ بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا *واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة من النواحى في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التى استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لامساكه إياها فى غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها الى موضع السقى * ولا يقال * انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير فى ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التى استعارها اليها لان الماء موجود فى كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم أنها له فهو خصم له فيها لانها فى يده وهو يدعى رقبتها وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق * وان قال الذى هى في يديه أودعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانهما تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعى لو كان حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانهما تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما . وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البينة انها له قضى بها له ورجع المشترى بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصبا وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندى الى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا ﴿ رجل ﴾ أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى الحيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرني دابتك الى المدينة فدفعها اليه فجاء بها الرسول فدفعها الى الذى أرسله ثم بدا للذى أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر بما كان من قول الرسول فركبها فهلكت تحته فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها. وان ركبها الى الحيرة فهلكت تحته فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى الموضع الذى طلب الرسول. ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشيء لانه لم يوجد منه عقد ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشيء ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب للضمان عليه والكراء فى هذا قياس العارية * وان قال أعرتني دابتك فنفقت وقال رب الدابة ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول المنكر. وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه. وان قال رب الدابة أجرتكها فالقول قول الراكب مع يمينه لانهما تصادقا على ان الركوب حصل بالاذن ثم رب الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالقول قوله لانكار ذلك. وهذا بخلاف العين فانه اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعتها منك فانه يكون ضامنا لان العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعي ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن شيئاً * وان أقام رجل البينة على أرض ونخل أنها له وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلي لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكنا نقول الثمرة عين مال متقوم بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا أتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها فالزرع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبلها فان الولد هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطئ فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بمائها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع أجزائها مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض. ألا ترى أنه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه فى الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى رحمه الله لاضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان فى الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب . ولكنا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أوقلع الاشجار. ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وماغرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه حصل له بكسب خبيث، وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشئ لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بيناهذا فى الغصب * واذا استأجر أرضاً سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى المعقود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول. وعند ابن أبى ليلى عليه أجر مثلها فى السنة الثانية لاعتبار الظاهر فكانه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد فى السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينعقد بالدلالة كما ينعقد بالتصريح فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها فى كتاب الزكاة أن من وجد كنزاً فى دار رجل فقيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله . وفى قول أبى يوسف وابن أبى ليلى رحمهما الله للواجد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة المختلفة بين أبى حنيفة وابن أبى ليلى رحمهما الله فى آخر هذا الكتاب وآخر الوديعة لان كل واحد منهما كان استاذه فانه كان فى الابتداء يختلف الى ابن أبى ليلى تسع سنين ثم تحول منه الى أبى حنيفة واختلف عنده أيضاً تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول عن استاذيه جميعاً فلهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب. واليه المرجع والمآب . وصلي الله على سيدنا محمد النبي الأمى وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكي وكنت خير شريك لا تداري ولا تماري أي لا تداجي ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الي يومنا هذا من غير نكير منكر (ثم) الشركة نوعان شركة الملك. وشركة العقد ﴿فشركة الملك﴾ أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان. ثابت بغير فعلهما كالميراث. وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقد ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عنّ لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

أى عرض. وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدى

وشاركنا قريشا في تقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالاخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض أو على معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا فى رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا ﴿وأما المفاوضة﴾ فقد قيل اشتقاقها من التفويض فان كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه فى جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء اذا انتشر واستفاض الخير يستفيض اذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور فى جميع التصرفات سمى مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً علي المساواة المال والربح سمى مفاوضة ﴿وأما شركة الوجوه﴾ تسمى شركة المفاليس وهو ان يشترك الرجلان بغير رأس مال على ان يشتريا بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأس مالهما وجههما فانه انما باع في النسيئة ممن له فى الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان فى تقبل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانهما وشركة الصنائع لان رأس مالهما صنعتهما ﴿وأما شركة العنان﴾ فهو ان يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبنى عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق فى الملك والمعتبر فى كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلطا المالين على وجه لا يمكن تميز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة فى الملك فينبنى عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة فى الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكا عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه فى الشراء بالمال الذى عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشتريا بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذى تقتضيه الشركة في المشترى بالمال والربح لا فى رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله * وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك تقول في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقدين وذلك تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقدين فانهما لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشترى بينهما ويشترى الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشترى بينهما كان صحيحا * فكذلك تصح الشركة بهذه الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه ينبني على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فلهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بجهة التجارة والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصوداً فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء مجهول الجنس لا يصح مقصودا. ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بملك مال يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة . ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط. المالين والمالان لا يختلطان كالدراهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط. المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز فى هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط فى هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعا لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التى تشترط فى مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد فى ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمهم الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة فى الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة فى الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديئها سواء * وروى الحسن عن أبى حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عنانا عاماً * والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائماً مقام ذلك كله فان كان المتعاقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكرا معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ ﴿فأما شركة الوجوه﴾ فهى صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعى بناء على أصله أن الاصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه . وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما نصفين أو ثلاثاً صحيح فكذلك الشركة التى تتضمن ذلك الا أن فى هذا العقد لا يصح التفاضل فى اشتراط الربح بعد التساوى في ملك المشترى لان الذى يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت فى الربح فينبغى أن يشترط التفاوت فى ملك المشترى بأن يكون لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه * وهذه الشركة عندنا تجوز عنانا ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشترى والربح جميعاً ﴿فأما شركة التقبل﴾ فهى صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعى رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان الخلط في العمل لا يتحقق. ولكنا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهو الاصل في جواز الشركة. ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا. وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالقصارين والصباغين اذا اشتركا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذى يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعته فلا يتحقق ما هو مقصود الشركة عند اختلاف الاعمال ولكنا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند استجماع شرائط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه صاحبه بحكم الكفالة ومتى كان عناناً فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانهما كيف يكتبان كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكما بينهما فيما يجرى من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثق والاحتياط فينبغي أن يكتب على أوثق الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان) وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فالاحوط أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما توعدون) وهو اشارة الى ما هو المقصود من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبدا أمر أن

يكتب هذا مااشترى محمد رسول الله من الغد بن خالد بن هوذة اليهودى (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضى الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطلح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو علي أهل مكة * ثم قال (اشتركا على تقوى الله وأداء الامانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الامانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك فى كتاب الشركة ليرجعا اليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله فى أيديهما) وهذه اشارة الى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال فى أيديهما جميعا فللتوثق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا فى شئ ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك مالم يصرحا به فى عقد الشركة فللتحرز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضيعة أو تبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعى رضي الله تعالى عنه علي مانبينه وأما مكاتبة علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه قال الربح على ما اشترطا والوضيعة على المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا على ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما بتبيين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضى الله تعالي عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أى وقت يعتبرونه فمنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا على التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذى يتعامل عليه الناس الى يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه فى الربح لا فى المال العين أو العمل بأيديهما أو فى الذى ليس فيه شراء شئ بتأخير فأما فى المال العين اذا تساويا فى رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف وللآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلى قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لايجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفى شركة الملك لايجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك فى شركة العقد* واعتبر الربح بالوضيعة فهى بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكنا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ماشرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم *ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس أليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحذق من الآخر فى وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه فى استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه*ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو فى المضاربة فبالعمل مع المال أولي (ثم) الوضيعة هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الامين باطل ألا ترى ان فى المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة علي المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي فى الربح مع التفاضل فى رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس علي المضاربة علي معنى ان صاحب الالفين يشترط جزأ من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا فى المضاربة لايجوز لان المال فى أيديهما هنا والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكنا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون أمينا عاملا فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط. فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين احدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدى الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعا للشركة وقد يثبت الشيء حكما على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة* وكذلك فى العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل فى الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحذق في العمل من الآخر* فأما قوله أو فى الذى ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة الى شركة الوجوه فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوى فى ملك المشترى لان ذلك ربح ما لم يضمن وقد بينا ذلك * قال (والشريكان فى العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل فى السوق ولي شريك يصلى في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال فى بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط . أولا ترى أن الشريكين فى العمل يستويان فى الربح وهما لا يستطيعان ان يعملا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لاحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقى العقد بينهما وان كان المباشر للعمل احدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط فى العقد* قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفى درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكأن صاحب الالفين شرط ضمان شئ مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الالفين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا هذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط فى العقد فكان بينهما على ما اشترطا * وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من احدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه فى العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئاً من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان) اشترطا الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزأ من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الاصل دون التبع فلهذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما * فان عملاه أو عمل احدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما باقامة العمل* وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الالفين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشتراط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها ﴿ فان قيل ﴾ اذا كان يعمل هو فى شئ شريك فكيف يستوجب عوض

عمله على شريكه ﴿ قلنا ﴾ استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر لان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذاً العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط فى عقد صحيح *وان اشترطا العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزأ من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شئ من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراطه جزأ من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطمع فى شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه *قال (واذا أقعد الصانع معه رجلا في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال فى الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فاجاز هذا لكونه متعاملا بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذى يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففى تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده فى دكانه واعانه بمتاعه وربما يقيم بعض العمل أيضاً كالخياط يتقبل المتاع ويلى قطعه ثم يدفعه الي آخر بالنصف فلهذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد لجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه* قال (ولا تصح الشركة بالعروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر فى ظاهر المذهب وقد ذكر فى كتاب الصرف أن من اشتري بتبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالحاصل أن هذا يختلف باختلاف العرف فى كل

موضع فان كانت المبايعات بين الناس فى بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعيين ويجوز الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به فان كان التعيين مفيدا فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعين الصنجان والقمات ﴿ فأما الشركة بالفلوس ﴾ ان كانت نافعة لا تجوز فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتجوز فى قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخى فى كتابه أن قول أبى يوسف كقول محمد رحمهما الله والاصح ما قلنا وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعيين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد رحمه الله لا يجوز ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعيين كالنقود . فكذلك فى حكم الشركة محمد رحمه الله يقول هى بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج فى الفلوس عارض فى اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جهالة رأس المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولا ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتها بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا وجه لاعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأما فى الشركة اذا كسدت الفلوس يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص أحدهما بالضرر دون الآخر (فأما) الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا تصح عندنا وعلى قول ابن أبى ليلى ومالك رحمهما الله هى صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى ذلك ولاعتبار شركة العقد بشركة الملك . وفى الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال مجهول يريد به أن العروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به . ثم الشركة مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفى العروض أول التصرف يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه ببيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة فني كل موضع لاتجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان فى الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعانى بطلت الشركة بالعروض * فان باعا العروض بثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع لملكه والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل فى العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا فى مفاوضة ولا عنان لجهالة رأس المال فى نصيب صاحب العروض على ما بينا * قال (وان اشتركا فى مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخلطاه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعاً لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خلطاه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعا فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعلهما فالمخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضيعة بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد وذكر فى النوادر أن على قول أبى يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما اذا اشترطا من الربح لاحدهما زيادة على نصيبه عند أبى يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما اشترطا * محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه ألا ترى ان الشراء بهما دينا فى الذمة صحيح فكان ثمنا وان بيع عينهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الاصلين يوفر حظه عليهما فلشبههما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين تضعف

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها علي ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول مايصلح أن يكون رأس مال فى الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لايختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط وهذا لان قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بها لانها متعينة فتعين رأس المال لابد منه فى عقد الشركة واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرراً بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معيناً فتقرر المعنى المفسد لا يكون مصححاً للعقد* والذى يقال لمحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكل بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكل بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال الآخر شعيراً فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات الامثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الامثال كان بمنزلة العروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى أن من أتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف الجنس اذا باعا المخلوط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم علي قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الصفة واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل فى البيع فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنتقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمة حنطته مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقص فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسي فى الفصلين

جميعاً فقال قوله في الفصل الأول انه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح انه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع البيع لان استحقاق الثمن بالبيع وانما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى انهما لو لم يخلطا ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط الا أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندي أن ماذكره صحيح لان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله مما يباع في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الاسواق حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما ما في بطنها فهو ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر امكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه مختبئا في البطن فيصار الى تقويمه في أول الحال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة فكذلك هنا يصار الى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند الخلط الا أنه اذا علم ان الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل واحد منهما بخلاف ما اذا لم يخلطه لان تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فان كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار نخلطا أو لم يخلطا فهما سواء لانهما لا يختلطان وقد بينا أن خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فايهما هلك هلك من مال صاحبه لانه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين لان المقصود بالشركة التصرف بها لاعينها فاذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك اذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير المشترى قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لاحدهما لو اقترن بالعقد كان مانعا فكذا اذا اعترض والمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

بعض المواضع وفى بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف ما نقـد من الثمن . وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فحيث قال يكون الباقى مشتريا لنفسه خاصة وضع المسالة فيما اذا أطلقا الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه وحيث قال المشترى بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة فى المشترى من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا علي ان يكون نصف المشترى له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالين فالوكالة باقية فلهذا كان المشترى بينهما نصفين ويرجع المشترى على صاحبه بنصف الثمن لانه اشـترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه . واذا تأملت موضوع المسألة فى كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض فى الجواب قال (فان اشتريا متاعا على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلكت الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشترى بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشتريا بالدراهم وصار المشترى مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم علي صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشترى الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم لم يذكر ان شركتهما فى المتاع المشترى شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هى شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ بيعه فى الكل وعند الحسن رحمه الله هى شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلكت قبـل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما فى المتـاع شركة ملك . وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هـو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما فى ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمـالين جميعاً . قال (فان اشتريا

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعا فالمتاع بينهما على قدر رؤس أموالهما) والحاصل ان فى شرط الربح يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفى وقوع الملك للمشترى يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء . وفى ظهور الربح في نصيبهما أو فى نصيب أحدهما يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الجامع . قال (وان اشتريا بالالف متاعا ثم اشتريا بعد ذلك بالدنانير متاعا فوضعا فى احد المتاعين وربحا فى الآخر فذلك بينهما على قدر رؤس أموالهما) لان الوضيعة هلاك جزء من المال والربح كالمال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح (وكذلك) رجلان اشتريا متاعا بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة الالف وللآخر بحصة الكر ودفعا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل واحد منهما فى الشراء يكون عاملا لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما نقده من البدل (وكذلك) لو اشتريا متاعا بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باعا ذلك بدراهم فانهما يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن . قال عيسى رحمه الله هذا غلط والصواب ان يقتسما ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان فى وقوع الملك فى المشترى يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع المشترى بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له كما فى العروض لو اشتريا متاعا بعرضين أحضراهما لكل واحد منهما عرض ثم باعا ذلك المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن فى بيع المرابحة مبنى على الثمن الأول على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض فان المشترى بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة فى المشترى بماله مثل من جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها . ولكن هذا التأويل بعيد فانه قال ثم باعا ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشتريا بالمكيل والموزون وباعاه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذى كاله أو وزنه ثم اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعاه مرابحة بمال مسمى وان باعاه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مرابحة بمال مسمى فلربح مبنى على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما بيان هذا فيما قال فى كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مرابحة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذاالفصل يتبين ضعف التأويل الذى قلنا فى مسئلة الطعن فانه قال هناك يقتسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان فاعتبر فى جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذى تخايل لى بعد التأمل فى تصحيح جواب الكتاب انه بنى على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان فى أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاماالخلط هنا باعتبار المشتري والمشترى مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشترى مشتركا بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان بخلاف العروض فان شركة العقدلا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لامثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلا أعطى رجلا دنانير مضاربة فعمل بها ثم أرادا القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقتسمون) لان المضارب شريك فى الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أوباعتبار القيمة وقد بينا فى اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال فى وقت القسمة . وانما أورد فصل المضاربة لايضاح ما أشار اليه فى الشركة قال (وينبغى لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدراهم والدنانير لاختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشترى بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفى النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضيعة فهلكت قبل الشراء فالقابض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان. ولو قال اعمل بها على ان الربح بيننا والوضيعة بيننا فهلكت قبل أن يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه أمره بالعمل بها علي وجه الشركة والمال أمانة في يد الشريك وثبوت حكم القرض فى النصف هنا بمقتضى الشراء لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما ينقد فيه الثمن يكون قرضاً عليه فلا يثبت ذلك قبل الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلكت قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها للمعطى اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه فى النصف وذلك لايكون الا بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شئ فجعلناه مقرضا نصف المال منه وضمان القرض يثبت بالقرض . قال (واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها وخلطاها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما وما يهلك من المال المشترك يهلك علي الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا أن يعرف شئ من الهالك أو الباقى من مال أحدهما بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط فى ذلك القدر لم يتحقق . وانما يعرف ذلك بان يكون مال أحدهما صحاحاً والآخر مكسوراً فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها والحال فى هذا قبل الاختلاط وبعده سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما علي قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك . قال (واذا اشتركا بغير رأس مال علي ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه فى الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعناناً أخرى والعنان منها يكون عاماً وخاصاً كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل بشراء نوع خاص صحيح * وكذلك لو قالا فى هذا الشهر لانه توقيت فى التوكيل والوكالة تقبل التخصيص فى الوقت والعمل جميعا قال (فان قال أحدهما قد اشتريت متاعاً فهلك مني وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق علي شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فقال اشتريته وهلك فى يدى لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكيل أمين فيقبل قوله فى براءته عن الضمان ولا يقبل قوله فى الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

في ذلك غير أمين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل ما يدخله في ملكه ظاهراً فاما في الاقرار لا يدخل شيئا في ملك شريكه ظاهراً فلا يصدق في الزام شئ في ذمته والقول قول الشريك لانكاره بعد أن يحلف وانما يحلف على العلم لانه استحلاف علي فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود خمسين يمينا بالله ماقتلوه ولا علموا له قاتلا. قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى هلاك المتاع فالقول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ثم هو أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشترى في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه في يد الموكل *وكذلك اذا اشتريا متاعا وقبضاه ثم قبضه أحدهما ليبيعه وقال قد هلك فهو مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فالقول في هلاكه قوله مع يمينه. قال (واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشترياه من شئ فهو بينهما نصفين ولاحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما شرط لنفسه جزأ من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشئ من نصيب صاحبه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر ملكهما في المشترى. قال (واذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما متاعا فقال الشريك الذى لم يشتره هو من شركتنا وقال المشترى هو لى خاصة وانما اشتريته بمالى لنفسى قبل الشركة فالقول قول المشترى) لان الظاهر شاهد له والاصل أن يكون كل أحد عاملا لنفسه مالم يقم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشترى ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض ما في يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه بالله ماهو من شركتنا *فان قيل* قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر علي ان المشترى بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخا سابقا في الشراء ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة *قلنا* نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشترى الى دفع الاستحقاق للآخر عما فى يده فالظاهر يكفيه لذلك. قال (رجل أمر رجلا أن يشترى عبدا بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب فاشتراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل وكيله بغير علم منه لما فى فعل كل واحد منهما من الالزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب مالم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا فى امتثال أمر الآمر فانما عزله فى مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما فى امتثال أمره لا يمكنه أن يعزل نفسه. وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل لصاحبه * ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآمر فكذلك في الشركة. قال (رجل أمر رجلا أن يشترى له عبدا بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بينى وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شئ للمشترى فيه) لان الآمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثانى بأن يشترى العبد بينه وبينه فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذى قبل الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقا ولكن مقصودهما تصحيح هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين فى الوكالة من الثانى النصف الآخر وهو نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف بيعه الي حصته خاصة فهنا أيضاً ينصرف توكيل الثانى الى النصف الآخر خاصة فلهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما بوكالته وخرج من البين. قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة فأشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تمليك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه. وبيان

هذا ان مطلق عقد الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالي فى ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث) اقتضي التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فمعناه سويتك بنفسي وذلك تمليك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهم أثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تتحقق التسوية اذا كان العبد بينهم أثلاثا . قال (ولو اشتري رجلان عبداً فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تمليك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ماروى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضى الله عنه أخبر رسول الله صلي الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته . فعرفنا بهذا أن الاشراك تمليك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجتمع له نصف العبد ويبقي لكل واحد منهما ربعه . وفى الاستحسان يكون له ثلثه لانهما حين أشركاه فقد سوياه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما فى ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه . يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كالمشترى للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد . قال (ولو أشركه أحد الرجلين فى نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه فى نصيبه نفذ فى الحال وفى نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له فى نصيبه فكأن كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن فى الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهم اثلاثا وهذا لان المجيز صار راضيا بالسبب لا مباشرا له والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كانهما أشركاه معا فيكون بينهم اثلاثا . قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم فى كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا فى نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه . وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمهما الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك فى نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا. ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل قدأشركتك فى نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك فى نصيبي فانه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء. فانه لو قال أشركتك بنصيبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه. قال (رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز) لأنه بيع ما لم يقبض وذلك منهى عنه ألا ترى انه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك اذا ملكه البعض بالاشراك فان أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه اليه لم يكن عليه ثمن ما أشركه فيه بمنزلة ما لو ولاه وهذا لانه فى حقه بائع وهلاك المبيع فى يد البائع قبل التسليم مبطل للبيع. ولم يذكر فى الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه يصح اشراكه فى نصف العبد اعتباراً للبعض بالكل ﴿فان قيل﴾ كان ينبغى أن ينصرف اشراكه الى النصف الذى قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة ﴿قلنا﴾ الاشراك يقتضي التسوية وانما يتحقق اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح فى المقبوض لوجود شرطه ولا يصح فى غير المقبوض لانعدام شرطه فأما اذا انصرف الي تمليك المقبوض خاصة لا يكون تسوية بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ ففى تعيين المقبوض هنا مخالفة الملفوظ بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس فى تعيين نصيبه هناك لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ. قال (واذا اشترك الرجلان فى عبد قبل أن يشترياه فقال كل واحد منهما لصاحبه أينا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أوقال فصاحبه فيه شريك له فهو جائز) لان كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشترى نصف العبد له فأيهما اشتراه كان مشترياً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فاذا قبضه فذلك كقبضهما جميعاً لان القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل مالم يمنعه منه حتى اذا مات كان من مالهما جميعاً (فان اشترياه معاً أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الباقى كان بينهما) لانهما ان اشترياه معاً فقد صار كل واحد منهما مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره وقد كانا اشتركا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان بالعقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه فى نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك اذا اشترياه وأدى الثمن أحدهما فانما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه فى بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان بائعا النصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع على نصف المأمور خاصة فيحتاج فى تخريج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبى حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل ببيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا فى كتاب الوكالة (والثانى) أن العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف درهم . ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لى نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الاستثناء والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعت منك نصفه بألف درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء . بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول فكان الايجاب الاول متناولا لجميعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب فى نصفه للمخاطب وفى نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيداً ألا ترى أن رب المال يشترى مال المضاربة من المضارب فيكون صحيحاً وان كان ذلك مملوكاً له لكونه مقيداً فهنا أيضاً ضم نفسه الى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا نصفه من المخاطب بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفى النصف وكيل عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لى نصفه كان ايجابه متناولا للكل . ثم قوله على ان لى نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا فى تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجباً للمشترى نصيب شريكه بنصف الثمن . واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعت نصفه بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعاً لان تعين نصيبه قبل الوكالة لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

ببيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن و نصف العبد بينه وبين شريكه نصفين وعندهما الا يمكن تصحيح تصرفه فى النصيبين لان الوكيل ببيع نصف العبد لا يبيع نصف ذلك النصف فينصرف بيعه الى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عنى ففعل كانت هذه الشركة فاسدة) لانه ملكه نصف العبد بيعا بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط وان نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لانه قضى دينه بأمره ولا شيء له فى العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا . قال (رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقى بمائتى درهم ثم باعاه مساومة بثلثمائة درهم أو بمائتى درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال بالعشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضيعة كذا فالثمن بينهما أثلاثا لان الثمن فى بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو فى المحل دون الثمن الاول حتى لو كان موهوبا أو كان مشترى بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة فعرفنا ان الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان فى ملك العبد فيستويان فى ثمنه . وأما بيع المرابحة والتولية والوضيعة باعتبار الثمن الاول ألا ترى انه لا تستقيم هذه البيوع فى الموهوب والموروث وفى المشتري بعرض لا مثل له والثمن الاول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثانى . يوضح الفرق أن فى بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة فى حق أحدهما وضيعة فى حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة فى نصيبيهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (واذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له خاصة لان كل واحد منهما بحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فاذا خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالاجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي صاحبه لانهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة الا أنه اذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنقود أو المكيل أو الموزون فان كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشتريا لنفسه لانه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستديناً على المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو انه لو صح استدانتهما زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين بتصرف صاحبه الا في مقدار ما جعلاه رأس المال فلهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة على نفسه خاصة . قال (وان كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه بناء على أصل معروف وهو ان الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان كجنس واحد في ضم أحدهما الى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا ان عند زفر رحمه الله في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة اذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر دنانير فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما كجنس واحد في صحة الشركة بهما فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فان أقر أحدهما بدين في تجارتهما وأنكره الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه) لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان أو مباشراً لنفسه وان أقر أنهما ولياه لزمه نصفه لانه في النصف مقر على نفسه وفي النصف على صاحبه وبعقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه باقراره فبطل اقراره . وان أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شئ لانه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على غيره باقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فانها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فاذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فان كان لشريكي العنان على رجل دين فأخره أحدهما لم يجز على صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لان المتفاوضين فيما هو من صنيع التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فمباشرة أحدهما فيه كمباشرتهما وبشركة العنان ما صارا كشخص واحد ولان في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما وجب لصاحبه بمباشرته فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله فى صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح. قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيبا لم يكن للآخر أن يرده) لان الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعاقد ولان الآخر في النصف أجنبي وفى النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم فى العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لان مال المضاربة ليس من شركتهما في شئ فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضيعة لحقت أحدهما من غير شركتهما فهى عليه خاصة لان فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الاجنبي. وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لانه عدل لاتهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فانه متهم فى شهادته لماله من النصيب فى المشهود به وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذن له شريكه فى ذلك ويجوز له أن يعمل فى المال الذى ليس من شركتهما كل شئ يجوز للمضارب أن يعمله وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالي * وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لاحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفى القياس ليس له ذلك لان كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره. وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لان الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه فى ذلك دلالة ولان الوكالة التى تضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشترى وصفته وفى الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فانه لو قال لوكيله عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لاحد الشريكين ان يضع لان ذلك من عادة التجار ولانه لو استأجر من يتصرف فى مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الاولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لان له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلأن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة أولى لان هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وانما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أوفوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضيعة وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لانه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبي سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفي هذا دليل على انه لابد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشترى بها وبألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لا نفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطلحا عليه والوضيعة على المال فكذلك في الشركة وهو مروى وعن علي رضى الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضيعة على المال فكذلك في الشركة (وعن) على رضى الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضيعة على المال فى المضاربة والشركة لان الوضيعة هلاك جزء من المال المضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال فى يد الامين كهلاكه فى يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه فى كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس ما لهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا على هذا فهما متفاوضان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما فى رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين على انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المعتبرة في المفاوضة ونص فى الكتاب على لفظة المفاوضة ٠ وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاوضين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلى صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب على صاحبه بسبب التجارة ٠ قال(وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلطا المال فالشركة جائزة) وفى النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك ينفى المفاوضة وفى الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلطا المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه على ما بينا فى شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشتريا بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشترى صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتنعدم المساواة وفى الاستحسان لا يبطل العقد ٠ وللاستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معنى لان الآخر وان ملك نصف المشترى فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثانى) أن ما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بمالهما . ولا بد من أن يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم امكان التحرز عنه * قال (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وبتفاوت الوصف ينعدم الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل فى الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوى بينهما الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عاماً وان لقباه بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان شراء يوم وقعت الشركة ثم صار فى أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئا فسدت المفاوضة أيضاً لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال فيكون مبطلا للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة تفسد به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك ﴿فان قيل﴾ أليس أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة ﴿قلنا﴾ لان المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول من الدراهم الى المشترى والمشترى بينهما نصفان ﴿فان قيل﴾ لا كذلك بل لكل واحد منهما علي صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشترى يرجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضا بظهور الفضل في النصف ﴿قلنا﴾ نعم ولكن ما استوجبه كل واحد بينهما علي صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضاً وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتها مثل الالف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا فى التفريع كالسود والبيض وان كانت قيمة الدنانير أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب علي صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون) لما بينا ان المعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لاظهار الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما جميع رأس ماله لا يظهر الربح ليقتسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعتك نصف مالي هذا بنصف مالك هذا فرضي بذلك وتقابضا كانا شريكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان العقد الذي جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضا فباعه نصف العروض بنصف الدراهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة أو شركة عنان جاز ذلك لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس ما لهما ثم يثبت في الشركة حكم العروض وهو بينهما نصفان بيعا * وقد يدخل فى العقد بيعا ما لا يجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعا اذا وقف قرية بما فيها من الدواب والمماليك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف فى المنقولات قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفاوضة بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو جائز) كما بيناه فى شركة العنان الا أن تكون المفاوضة عامة ومثله فى الوكالة لا يجوز فان من قال لغيره اشتر بيني وبينك لا يكون ذلك صحيحا مالم يبين المشترى أو يخص بذكر الوقت أو بتسمية الجنس فى العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتفويض الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل علي البيع والشراء ومقصودهما الربح لا عين المشترى ومثله فى الوكالة يجوز أيضا لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شئ فهو بيننا نصفان علي أن يبيعه و يقسم ربحه نصفين وكان ذلك تفسيرا للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشترى فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفاوضة أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملا أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان بشركة المفاوضة صار كل واحد منهما وكيل صاحبه فى تقبل العمل له وكفيلا عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما مأخوذا بما يقبله الآخر ولا يمتنع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

اقامة مايقبل بدنه ولكن له أن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلهذا كان مطالبا بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولأحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفا منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه فى التجارة فى مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فالاقراض فى كونه تبرعا كالصدقة أوفوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب فى القرض أكثر لان ملتمس القرض لا يأتيك الا محتاجا والسائل للصدقة قد يكون محتاجا وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما نتحققه به وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع فى الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع فى الالتزام ولكن يرجع بمثل مايؤدى . ثم من أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة فى ذلك راجحا لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعلا معنى التبرع فيه راجحا لذلك فى الاقرار. قال(فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعد فى نصيب شريكه بتصرفه فى المال على غير ماهو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة مالم يقبضه ولان المقترض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة . قال(وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالتبرع بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ماتقتضيه المفاوضة . قال(فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامنا نصف قيمة الدابة لشريكه فى القياس) لانه متعد فى نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لا يجد بدا منه

لانه اذا أتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لايعير لايعار عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ماهومن توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أعم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكاتب والمأذون لا يكاتب . وعلل فى بعض النوادر فقال التاجر فى المال وان لم يكن مالكا لشئ منه فله أن يعير وانما أراد به المأذون فالتاجر الذى يملك النصف يكون شريكا فى الربح لان تملك الاعارة أولى . قال(ولو أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئاً وهو لايعلم توفرهما فشراؤه جائز على الآمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام المفاوضة كمباشرتهما ثم افتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لايثبت قصدا فى حق الوكيل مالم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للآمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشترى بها فانما وجد عمل أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فانما عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضة اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كشراء الموكل وكان المشترى بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لايوجد اذا افترقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لواشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للآمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للآمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلناه مشتريا بينهما اذا لم يعرف افتراقهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لايضمن للشريك شيئاً وان صار مشتريا للآمر ولكن يجب الشراء بالثمن فى ذمته ويرجع به على الآمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الا ترى انه لومات الذى لم يبضع ثم اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن فى فصل الموت اذا كان المال مدفوعا الى المستبضع فورثه الميت بالخيار انشاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الآمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكماً بطريق انه ينقل الملك الى الورثة ولم يوجد من واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمى يثبت فى حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف افتراقهما

فان ذلك من الذى لم يبضع عزل الوكيل فى نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه فى حقه مالم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان فى نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلهم أن يضمنوه ان شاؤا وان شاؤا الآمر لان دفعه كان باذن الآمر فيكون كدفع الآمر بنفسه فان ضمنوا المستبضع رجع به على الآمر لانه غرم لحقه فى عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للآمر فيكون عليه جميع الثمن وقد نقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثمن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما فى التوكيل كفعلهما فكذلك يجعل نهى أحدهما اياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتر لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما اياه فان لم ينهه حتي اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثمن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليهما بالثمن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه في النصف أصيل وفى النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئاً وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثمن لانه كفيل عن المشترى بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يرده على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشترى به عيبا كان له أن يرده على الذى لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة فى العيب انما لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه . قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) وللآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له ولشريك له شاركه شركة عنان فابضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشترى له بها متاعا فرضى الشريك فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشترى أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفى رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يحتاج الى الشركة للغير فى المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض. وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من توابع المفاوضة مستفادا بها كالمضاربة وشركة العنان. قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلا شركة مفاوضة لم يجز ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل الاول فلا يكون من توابع الاول مستفادا به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كنفعلهما اذا عرفنا هذا فنقول المستبضع وكيل للدافع فيعذل بموت الدافع علم به أولم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشتريا لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال الغير دينا عليه فيكون ضامنا مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحي ولو رثة الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى بعد انتقاضها ولو كان الدافع حياً ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة التى كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا علي المستبضع لانه دفع ماصار ميراثا لهم الى البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أى المتفاوضين شاؤا لان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه مايلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامنا لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك العنان ولان شراء وكيله له كشرائه بنفسه ونصف المتاع للآمر لاشئ له منه لورثة الميت لان المفاوضة قد انتقضت بين الدافع وبين الميت* ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شئ من المشترى لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله* ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال المفاوض الحى لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الآمر لانه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العهدة ولا يرجع بها على شريكه الآخر لان الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالبا بما يجب على الآخر. (قال وان أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لان ماحصل انما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لان الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الاحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلها فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال واذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبـدا لهما وسمى جنسه وثمنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الآمر اشترياه بعد التفريق فهولى خاصـة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الا مر مع يمينه) لان الشراء حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات *ومن ادعى فيه تاريخا سابقا فعليـه اثباته بالبينة وان لم يكن له بينة فالقول قول من يجحد التاريخ مع يمينه ولان سـبب الملك في المشترى أظهر للآمر فان فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشـترى عليه وهو ينـكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فان أقاما البينة فالبينة بينة الآخر لان فيه اثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبينات للاثبات فتترجح بزيادة الاثبات ولاتقبل فيه شهادة الوكيلين لانهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فان قال الشريكان لاندري متى اشترياه فهو للامر أيضاً لانه انما يحال بالشراء على أقرب الاوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق . واذا قال الآمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يأمر لانكاره التاريخ وانـكاره وقوع الملك له ووجوب شئ من الثمن عليه والبينة بينة الآمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

باب خصومة المفاوضين فيما بينهما

قال(واذا ادعى رجل على رجل انه شاركه شركة مفاوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لانه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذواليد منكر فعلى المدعي البينة وعلى المنكر اليمين . وان أقام المدعى البينة فشهد الشهود انه مفاوضة أوزادوا على هذا فقالوا المال الذى في يده من شركتهما أوقالوا هو بينهما نصفين فانه يقضي للمدعى بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم. ولانهما ان قالا المال الذى في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذي اليد وان قالا هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال شريكين فيه. فاذا قضى القاضي بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له وأقام البينة على ذلك لم تقبل بينته في قول أبي يوسف رحمه الله. وقال محمد رحمه الله ان كان شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فبينة ذي اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذي في يده من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذي اليد بعد ذلك * واحتج في ذلك فقال القاضي يقضي بما شهد به الشهود فاذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضي بذلك أيضاً ومطلق المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له. ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى المفاوضة بينهما الا أنا إنما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا ظاهر نعتبره والظاهر يسقط اعتباره اذا قام الدليل بخلافه فاذا أقام البينة على عين انه ميراث له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف ما اذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضي قضي بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينة المقضى عليه على ابطال القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا بدار في يد رجل لانسان وقضى القاضي بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقضى عليه فانه لا يبطل قضاء القاضي بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك إكذابا منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضي له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه في الفصل الاول باعتبار الظاهر الى استحقاقه الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فاذا أكذب شهوده في ذلك بطلت شهادتهم له. وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه وبينة المقضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقي الملك من جهة المقضى له كما لو كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الأسباب غير مطلوبة لاعيانها بل لأحكامها والمفاوضة سبب وحكمها الشركة في المال. ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة في المال فكذا في الشهادة عليها انما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في ان القاضي يقضى بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشترى ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به مقضيا عليه فكذلك عند الابهام . قال (فان ادعى ذو اليد عينا في يده انه له خاصة وهبه شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه على أبي يوسف رحمه الله لان هنا بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أولم يفسروا ثم الفرق انه ليس فى قبول هذه البينة ابطال القضاء الاول فى هذا العين بل فيها تقرير القضاء الاول لان القضاء الاول بالملك للمدعى وانما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك ابطال القضاء الاول فما تناوله القضاء قال ألا ترى انهم لو شهدوا ان هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة ان المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته ولو أقام البينة انه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو ان رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على ذلك والفرق ما بينا فكذلك فى المفاوضة وان ادعى انه شريكه شركة مفاوضة والمال فى يد المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه باقراره ثم ادعى عبدا مما كان فى يده انه ميراث له أو وهبه من فلان فاقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله أيضا من الوجه الذى قلنا ان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكن الفرق بينهما لابى يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى انه لولم يكن له بينة لم كان يستحلف خصمه وفى الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينه لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرفنا بهذا انه منكر والمنكر لا يكون مدعيا فلهذا لم تقبل بينته (والثانى) ان الاقرار موجب الحق بنفسه بدون القضاء وانما يقضى القاضى بالاقرار فقط ولهذا قلنا ان استحقاق الملك بالاقرار لا يظهر في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب الا بقضاء القاضى وانما يقضى القاضى بما هو المقصود وهو كون المال مشتركا بينهما فلهذا لا يقبل بينة ذى اليد بعد ذلك * وكذلك لو كان المال فى يديهما جميعا وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئا من ذلك انه له ميراث وأقام البينة قبلت بينته لانه مدع أثبت دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو أقر به يلزمه ولا اشكال فى هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البينة على ذلك ان بينته تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا فى عبد له خاصة وجحد ذو اليد وأقام المدعى البينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نور دعواه بالحجة ولا تقبل من ذى اليد البينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك فى نصفه ولا بينة له الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقضى له. قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال فى يد الباقى منهما فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما فى يد الحى) لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لاحكم لما شهدوا به فى المال الذي فى يده فى الحال لان المفاوضة فيما مضى لاتوجب أن يكون مافى يده فى الحال من شركتهما الا أن يقيموا البينة انه كان فى يده فى حياة الميت وانه من شركة ما بينهما فحينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعد موته وان شهدوا انه كان فى يده فى حياة الميت فاليد الثابتة له فى حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعاينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت فى نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان فى يده في حياة الميت فينبغى أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال فى يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البينة علي ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البينة على النفى وقد أثبت المدعى الشركة فيما فى أيديهم بالبينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقروا أنه كان فى يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضاً حمله بعضهم على الخلاف والاصح فى الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسر الشهود أنه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لابينا وأقاموا البينة على هذا لم يقبل) فى قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت فى قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لوكان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك بعد ماشهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه من شركتهما لم تقبل بينة الورثة فى ذلك كما لاتقبل البينة فيه من المورث لوكان حيا . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب المفاوضة المساواة فى ملك المال فاتفاقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا فى كلامه ولان مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولاتصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما فى المال الاما كان من ثياب كسوة أومتاع بيت أورزق العيال أوخادم يطؤها فانى أجعل ذلك لمن يكون فى يديه ولا اجعله فى الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل هذا في الشركة لانه مال فى يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما فى التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فيبنى ظاهر الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذى اليد لأنكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله محمول على ما يحل شرعا ولايحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرأيت لو كانت مدبرة أوأم ولد أما كان القول فيها قول ذى اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفترقا ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا فى مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال فى يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما فى نقض العقد فهو وافتراقهما سواء (ولوكانا حيين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الآخر البينة انه شريكه شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة فى القياس لا تقبل) لان اقراره بالمفاوضة اقرار بالمناصفة فى المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين والمدعى اذا اكذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لاحاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ماذكروا من الثلث والثلثين فتلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم علي أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك فقسروا بناء على اعتقادهم ولكن القاضي يبنى ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام محمد رحمه الله فى الفرق بين ماذا فسر الشهود أوابهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر فى قبول شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم فى المنع من قبول بينة أحدهما على متاع فى يده انه ميراث بل المبهم والمفسر فى ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه البينة على مثل ذلك لانه خليفته ورثه قائم مقامه . قال (واذا افترق المتفاوضان فأقام أحدهما البينة أن المال كله كان فى يد صاحبه وان قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك من ذلك القاضى بعينه أومن غيره فان كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضائين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الاول) لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ماقضى به أولا اذا تبين له الخطأ فى القضاء الاول فلهذا جعلنا الثانى نقضا للاول وهو كما لو تبايعا بألف ثم تبايعا بمائة دينار يجعل الثانى نقضا للاول وان لم يعلم التاريخ بينهما أوكان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذى لا نعده عليه لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك اذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (واذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة بينهما) لجواز أن يكون فى يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل . قال (ولا يلزم المفاوض ما على شريكه من مهر أوارش جناية) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجناية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل علي الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجناية غير صحيح فى حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة . قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث من ميراث ولا جائزة يجيزها السلطان له أوهبة أوهدية) الا عند ابن أبي ليلي رحمه الله فانه يقول مقتضي الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ماهو مقتضاها وهو بناء علي مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما على التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين فكذلك فى الانتهاء ولكنا نقول لابد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير موجود فى حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتمليك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يجعل كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل فى ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لا يمكن جعله نائبا عن شريكه. قال(ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أودنانير وقد قبضه) معناه لم يكن دينا وهذا بناء على ما بينا انه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة. قال(وكل وديعة كانت عند أحدهما فهى عندهما جميعاً) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحدا فيما يلتزمه كل واحد منهما بسبب هو من صنيع التجارة وبقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن يبين لزمهما جميعاً لان المودع اذا مات مجهلا للوديعة يصير متملكا للوديعة فهذا ضمان ما أوجب بتملك أحدهما مايحتمل الشركة فيكون ملزما صاحبه ﴿فان قيل﴾ وجوب هذا الضمان بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت ﴿قلنا﴾ لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك دينا عليه قبل موته فان قال الحى ضاعت في يد الميت قبل موته لم يصدق لانه لا عقد بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ماصار ضامنا بالجحود ولو زعم انه كان هلك في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفى الضمان عنه فأما فى إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحي هو المستودع صدق لانه ماصار متملكا ولا ضامنا للوديعة مادام حيا بعد موت شريكه فانه قادر على ما التزمه فلهذا كان قوله مقبولا ﴿فان قيل﴾ أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول الوديعة مثل صاحبه ﴿قلنا﴾ نعم ولكن التمليك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدى المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة فى يد المودع حقيقة لا فى يد شريكه (وان قال اكلتها قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق على صاحبه) لان وجوب الضمان عليه باقراره وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو فى الانتهاء غير مصدق فى حق صاحبه الا ان

يقيم البينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيكون عليهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على أحدهما ضمان بغصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان الغصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا لانه وبدل مال محتمل للشركة وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند رجل فادعى المستودع أنه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه)لانه مسلط على الرد على كل واحد منهما أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعي عليه ذلك لم يضمن لقوله لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لا في وصول المال الى من أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يغرم الوصي لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضي بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولكن يحلف الشريك الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بجحوده القبض ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لو مات أحدهما ثم ادعي المستودع انه كان دفعه الى الميت منهما لانه بقي أمينا بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق ورثة المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف علي فعل نفسه والورثة يستحلفون علي فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ماقبضوه فهو ضامن لنصف حصة الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى ورثة الميت لانهم خلفاء الميت في حقه خاصة ولان المفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب الضمان له على نفسه بدفعه الى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى ورثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان فيجعل ذلك النصف كالناوى والمال المشترك ماينوى منه ينوى على الشركة ومايبقى يبقى على الشركة (ولو قال دفعت المال الى الذى أودعنى بعد موت الذى يودعنى وحلف على ذلك فهو برىء من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه مالكا كان أوغير مالك فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده فى حال قيام المفاوضة ولا يصدق على الزام الحي شيئا بعد ان يحلف ماقبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحي نصفه والى ورثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالقول قول المستودع مع يمينه وهو برىء لانه يخبر عن أداء الأمانة بايصال نصيب كل واحد منهما اليه فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركه الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الي صاحبه فيما يثبت القبض فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون ناويا قال (وان كانا حيين وقال المستودع قد دفعت المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحده الآخر فالمستودع برىء ولا يمين عليه) لان تصديق أحدهما واباه فى حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان افترقا ثم قال المستودع دفعته الى الذى اودعنى فهو بريء لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الي الآخر وكذبه ذلك ضمن نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو فى نصيب الشريك مخبرا بأداء الامانة وفى نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الي غيره ثم مايقبضه المودع يكون بينهما نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوى فكان مابقى بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه نصيبه لانه قبضه ولاحق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريك بعد انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالقابض قال (وعارية المفاوض وأكل طعامه وقبول هديته في المطعوم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لابأس به) ولا ضمان على الداعى ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بداً ألا ترى أن العبد المأذن يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدى اليهم المطوم ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكاتب فقبل ذلك منى وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم ابو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابونى قال (ولو كسا المفاوض رجلاثوبا أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتعة والحبوب كلها لم يجز فى حصة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك فى الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والمرجع فى معرفة الفرق بينهما الى العرف. قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذى ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة فى الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار احدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاقرارهما. قال(ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة تتفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالآخر فى ركوبها غاصب ضامن اذا هلكت . وقدبينا أن مايجب من الضمان على أحدهما بحكم الغصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها فى حاجتهما فالضمان فى مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون فى مالهما لان الغرم مقابل بالغنم * وان ركب فى حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أذناه من مال الشريك رجع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقى الثمن دينا عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاما له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو لخاصتهما فلا ضمان عليه) من قبل أن التقييد الذى ليس بمفيد لا يكون معتبرا والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أومثله وفعل كل واحد منهما فى الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه. ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أوجب من الوكالة. وكذلك أحد المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن * ولو حمل عليها طيالسة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس وللتفاوت فى الضرر على الدابة. قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه)الا أنه ان كان ذلك من تجارتهما فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما . وان كانت بضاعة عند الذى حمل فالضمان عليهما لان الذى حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذى حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له فى هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء . ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا فى حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذى حمله أو شريكه . وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب فى الاول لأن وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة فى الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيرا له خاصة كان ضامنا لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لاهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامناً . قال(واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثبات وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزماً اياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثبات وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشترى بالثمن الذى ادعاه لان نكوله كاقراره واقرار أحدهما ملزم اياهما وكذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعلهما واقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما. وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كان المفاوض هو الذى ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضا لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعدما استحلف بخصومة الوكيل لا يستحلف بخصومة الموكل لان النيابة فى الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه فى الحلف لان النيابة لاتجرى في اليمين فلهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثانى) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مقيداً فأما اذا لم يكن مقيداً فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصومة أحدهما فلا فائدة فى استحلافه لخصومة الآخر لانه بعد ما حلف فى حادثة لخصومة انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة لخصومة الاخر فأما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيداً لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يمتنع من ذلك اذ الناس يتفاوتون فى الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعي أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة فحلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصومة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلا به . ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجبه ولا خصومة للمجنى عليه معه فكذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقراره بالجناية علي شريكه باطل وكذلك المهر والجعل فى الخلع والصلح من جناية العمد اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) فى قول أبى حنيفة رضي الله عنه وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك. وأصل المسئلة ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه فى

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه ٭ وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كالمأذون والمكاتب وانه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح فى حق شريكه فكذلك الكفالة . ولابى حنيفه رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه كما يكون وكيلا عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه (والثانى) أن الكفالة تبرع فى الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى أن الكفيل يرجع بما يؤدى على المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا والذى كفل صار مطالبا بالمال ٭ ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلا فلا يكون مفاوضة وقد يجوز أن يكون تبرعا فى الابتداء مفاوضة فى الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع فى الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما يلزم شريكه عند أبى حنيفة رضى الله عنه . قال (يحلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال لانه لو أقر به لزمهما جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لو ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالبا بالمال فلا يستحلف عليه أيضا ٭ قال (وان كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا انكره بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذى يحتمل الشركة والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمى فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهى مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحـد منهما من أهل الوكالة والـكفالة على الاطلاق فتصح المفاوضة بينهما كالمسـلمين والذميين وهذا لان مقتضي المفاوضـة والـكفالة والوكالة فانما تشترط أهلية كل واحد منهما فى ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد منهما من أهـل المفاوضـة ألا ترى ان المفاوضـة تصح بين الذميين والمسـلمين فكذلك تصح بين المسلم والذمى ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسـلم لايتصرف فى الخمر والخنزير والذمى يتصـرف فى ذلك . وهذا لان الذمى الذى هو شريك المسلم مفاوضة لايتصرف عندى في الخمر والخنزير ثم لامعتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد فيها المالية والـكتابى لايفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفى المذهب وشافعى المذهب وان كان الحنفى يتصرف في المثلث النبيذ لانه يعتقد فيه المالية وشـافعى المذهب يتصرف فى متروك التسمية عمدا لانه يعتقد فيها المالية .ثم هذا التفاوت لايمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمى وهما يقولان مبنى المفاوضة علي المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمى فى التصـرف ولا فى محل التصرف وهو المال فان الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمـة يجوز تصرفهم فيها بيعاً وشراء وسلما في الخمر وهي ليست بمال فى حق المسلم فتنعدم المساواة بينهما وبدون المساواة لاتكون الشركة مفاوضة . ألاترى أن المفاوضة لاتصح بين الحر والعبد لانعدام المساواة بينهما قال قوله بأنه لا يتصرف فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضاً للمسلم قلنا المعنى الذى لأجـله كان ينفـذ تصرفه فى الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا للمسلم هو اعتقاد المالية والتقوم فيه وذلك لاينعدم بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا بخلاف المفاوضة بين الكتابى والمجوسى لان من يجعل الموقوذة مالا متقوما فى حقهم لا يفصل بين الكتابى والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصـرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة فان الـكتابىّ يؤاجر نفسـه للذبح والتضحية والمجوسى لايؤاجر نفسـه لذلك لان ذبيحته لاتحل ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل علي أن يقيمه بنفسه أو بنائبة واجارة المجوسى نفسـه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لاتحل ذبيحته فأما بين الحنفى والشافعى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمداً ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيـه من الحنفى والشافعى جميعاً لثبوت ولاية الالزام

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وانما كرهه أبو يوسف رحمه الله لان في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمى بالتصرف له . قال (ولا تجوز المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين الصبيين وان أذن لهما أبوهما) لان مبنى المفاوضة على الكفالة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلا عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فلهذا لا يجوز المفاوضة بينهما لان كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فان العبد يحجر عليه مولاه والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد فى الرق والمقصود من المفاوضة التصرف والاسترباح فاذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم تكون الشركة بينهما عنانا فى هذه المواضع لانهما أهل الشركة وانما فسدت المفاوضة خاصة فيبقى العنان وقد بينا ان العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . قال (وان تفاوض الذميان جاز ذلك وان كان أحدهما نصرانيا والآخر مجوسياً) لان المساواة بينهما في الملك والتصرف تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وان شارك المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه) ان قتل على ردته أو لحق بدار الحرب بطل وان أسلم جاز لان من أصله ان التصرفات تتوقف بالردة على أن ينفذ بالاسلام أو تبطل اذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته فأما على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لان من أصلهما أن تصرف المرتد بعد ردته قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فان قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت الشركة لان فى القتل موتاً ولحوقه بدار الحرب كموته والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة فعلى ماقال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وانما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لان المرتد عنده فى التصرفات كالمريض وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فلهذا توقف صفة المفاوضة على اسلامه وعلى أصل أبى يوسف الكفالة وان كانت تصح من المرتد لانه بمنزلة الصحيح فى التصرف الا ان نفسه توقف بين أن تسلم له بالاسلام أو يتلف عليه اذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فلهذا توقف المفاوضة منه . قال (وان شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لان تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم تتوقف بالردة حتى لاتقبل فكذلك فى مالها الا انها كافرة فهى كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لاتصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهى مكروهة فكذلك فى حق المرتدة قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع الكراهة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما تتوقف كما تتوقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لاتقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فلهذا تتوقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما) لان المفاوضة فى حق شريكه أعم تصرفا من الوصى فى حق اليتيم وللوصى أن يكاتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى وبيان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح فى حق شريكه وإقرار الوصى بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذى لايملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصى صحيحة فصحتها من التاجر الذى يملك نصف العبد وهو المفاوض أولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكاتب فله أن يأذن لعبده فى التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن فى التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبده فى التجارة وليس له أن يكاتب والاذن فى التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد فى الحال والمآل في ذمة مفلسة لايدرى أيقدر على الاداء أولايقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فلهذا لايملك المفاوض فى نصيب صاحبه وكذلك لايزوج عبداً من تركتهما لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعييب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلايملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصى تزويج أمة اليتيم ولا يملكان تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشريك العنان أن يكاتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الامة فى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا فى كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما دينا من تجارتهما لم يلزمه من ذلك شئ) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان مالية العبدمن شركتهما وما اداناه أو احدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الايجاب فى ذمته فلايشتغل بما لا يفيده شرعا (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحدمنهما وكيل صاحبه فى البيع بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة فى ايجاب ذلك في ذمته متعلقا بماليته لان ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين فى عبد لهما خاصة فاذن لهما فى التجارة ثم ادانه كل واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحدمنهما من حصة صاحبه كالاجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه فى ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كاجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبد غيره يثبت من دينه ما يخص عبد غيره دون ما يخص عبده) قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوبا من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين فى نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالاجنبي . قال (ولو كان العبدميراثا لاحدهما فأذن له الآخر فى البيع والشراء لم يجز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لو ادانه أجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان اداناه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما فى الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين علي عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الاشياء فللمؤجر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكرى أن يأخذ بهأيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفل عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف . وأما فى شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذى استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة(وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتهما وأدى الاجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما فى شئ خاص شركة ملك لم يرجع على صاحبه بشئ مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه فى هذا الاستئجار . قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه وللمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والا خر مطالب عنه بكفالته بما يلتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبداً له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الأجر لانه بدل ما ليس من شركتهما ألا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالاجنبى ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال فى الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شئ مما هوله خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا . قال (ولاحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات فى هذا

الفصل ويستوى ان كان الذى شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (وذكر) الحسن عن أبى حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد شريكى العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحضر من شريكه تصح مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته لان مباشرته المفاوضة مع الثانى نقض منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق الا به ونقض أحد الشريكين الشركة بمحضر من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل. قال (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شئ أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر وا كتسب بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه فى حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما اذا أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجبه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما فهو بمنزلة مالو أجر عبداً له ميراثا. وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه فى التصرف في مال الشركة وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه فى مال الشركة وكان شريكه فى ذلك كأجنبي آخر قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفيا للدين فان كان الدين من شركتهما فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى دينا عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه فى الزيادة لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب لو رهن بدين الولد عينا قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المفاوض وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه. قال (وان كان الدين من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهنا جاز) سواء كان هو الذى ولى المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك فى الارتهان به وأما فى شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفى ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه فى التجارة فى ذلك المال له في لا صرفه الى حاجة نفسه. قال (ولا يجوز ان يرتهن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذى ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتبارا للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكيلا كان أو مالكا. قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتهن رهنا بدين ولياه جميعا) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لايملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز فى نصيبه كان مشاعاً والشيوع يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن فى ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز فى حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه فى نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لايثبت الضمان فى ذلك النصف كمن ارتهن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلا فيه ان أجازه صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شئ عليه فهلك الرهن فى يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره فى الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسئلة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شئ عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لاعلى وجه الاستيفاء فلهذا لايضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصر نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن. قال (واقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى ذلك ومن ملك مباشرة الشيء بالاقرار به لانتفاء التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء فى نصيب صاحبه ويجوز فى نصيبه استحسانا لان الموكل اذا اقبض الثمن بتسليم المشترى اليه صح قبضه استحسانا وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحاً في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوبا فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام شريكه ولا مأذونا له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المغصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون علي الفاعل خاصة واذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان مايجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك مايجب بالشراء الفاسد . قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة فخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفعلهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كما فى ضمان الغصب والاستهلاك . قال (واذا غصب شريك العنان شيئاً أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئاً شراء فاسداً فهلك عنده ضمنه ورجع علي صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال (ولو كفل أحد المتفاوضين عن رجل بمهر أو بارش جناية فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لا يؤاخذ به شريكه) فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وفى قول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه يؤاخذ به لان الواجب علي المفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجناية والارش والمهر فى حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجناية والشريك غير متحمل فيه مايجب لهذا السبب ولهذا لا يؤاخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا متعتها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشركة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشركة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آبائه وأولاده وعبيده ومكاتبيه في قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد رحمة الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار ما بينهما من القرابة بخلاف العبد فكسبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون متهما في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح موجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فلهذا لزم المال المقر خاصة. قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه اذا شهد للمبانة وهي تعتد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته لها لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك. قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمهما جميعا لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ولكنها تجب لاشتغال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمهما جميعاً وان كانت في عدته لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللمولى أن يتزوج أربعا سواها فى هذه العدة بخلاف عدة النكاح فلهذا كانت كالاجنبية فى حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقر به فى حقهما ويجوز اقراره عليهما جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز اقرارها بالدين لابوى زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول فى غير المفاوض) لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك فى كتاب العتاق . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتبت هذا العبد فى الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه فى الحال وصحة اقرار المقر فى حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون ذلك كانشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يرده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب فى المفاوضة وكذلك ان أقر أنه اعتقه فى الشركة معناه ان اقراره يصح فى نصيب نفسه خاصة ولا يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق فى حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد فى الشركة وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت استسقاء العبد فالقول قول الذى لم يعتق) لان الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولان مالية نصف العبد عرفناه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر فلا يقبل قوله الا بحجة وعلي المنكر اليمين فاذا حلف كان له أن يستسق العبد في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا شئ له علي الشريك لاقراره انه باختيار الاستسقاء وذلك موجب براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من الضمان بالبراءة) لانه حقه تقرر فى ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئا شريكه بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان القول قوله لان الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فاذا أنكره كان القول قوله ولكن له أن يستسق العبد وليس له أن يضمن الشريك لاجل البراءة فانه لو تقرر ضمان نصيبه فى ذمته باختياره تضمينه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقيل تقرر الضمان لان يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى واذا سقط حقه فى تضمينه تعين في استسقاء العبد كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة انه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فيبرأ هو من ذلك ولا شئ على العبد وان قال الشريك لم يعتقه الا بعد الفرقة كان القول قوله أيضاً لان الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر فى الاسناد الا بحجة فان أقام المعتق البينة انه أعتقه فى المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام الآخر البينة انه أعتقه بعد الفرقة واختار سقاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد من نصف قيمته لانه أثبت بينته بسبق التاريخ فى الاعتاق وأبقى مالزمه من الضمان به والشريك ببينته ينفي ذلك والبينات للاثبات فيترجح بزيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما انه كاتب عبداً على الف درهم فى الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذى لم يكاتب) لان المكاتب يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق الا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فاذا حلف يأخذ نصف الالف من المقر لانه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركا بينهما بعد الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه وقال الاخر كاتبته فى المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول الذي لم يكاتب لان ملكه فى نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له فى نصف الكسب فالشريك بما قال يدعى تملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذى لم يكاتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهما وقد مات فيأخذ ان المكاتبة من تركته والباقى ميراث قال لان ولاءه لهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميع ما تركا ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا ببينة) لانهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركا فى الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص به بعد ذلك لايقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما فى أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعا بعد مايحلف الآخرون مادخل هذا فى قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركا فى الاصل فانما يستحق ذو اليد باعتبار يده مالم نعلم فيه حقا لغيره فأما اذا كان معلوما فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى مافي ذمته مطلقاً فكذلك لا تسمع منه دعوى مافى يده بخلاف ماقبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان فى يد أحد الفريقين مال فقالوا هذا لابينا قبل المفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك فى حياته لم يسمع ذلك منه وكان مافى يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المفاوضة فكذلك دعوي الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان فى الشركة ثم أقروا بهذا وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة فى حق المقر وقد زعموا ان هذا مالم يتناوله البراءة لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة مما كان في الشركة وغيره فلا حق لهم فيه لانه دخل فى البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما أو من غير شركتهما . قال (وكل ما اشتري أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين شريكه) الا انى أستحسن فى كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة دون شريكه لان مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فى التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المفاوضة لان كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته الى ذلك فى مدة المفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقه ونفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لايتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوكالة وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشترى باشر سبب الالتزام والآخر كفل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشترى بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء فى يد أحدهما فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بحضر من صاحبه فجحوده يكون فسخاً لانه ينفى بالجحود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه فى الحال وهو ضامن لنصف جميع ما فى يده اذا قامت البينة على المفاوضة لانه كان أميناً فى نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامنا كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر فى يد وارث الميت أمانة فبالجحود يصير ضامنا فان ماتا وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصىّ كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الموصى وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذى ولى المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه فى ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الموصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً فى نصيب صاحبه. قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهى بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ماصار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الاعند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذى اشتراها بمنزلة مايشتريه من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكر) فى الجامع الصغير أن الجارية للمشترى بغير شئ فى قول أبى حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما نقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشئ منه وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اديا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشترى بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور فى كتاب الشركة

قولهما. وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما فى الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضي الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشئ منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها. ألا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما فى ملك المشترى لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تمليك نصيبه من المشترى بعد الشركة فيكون واهباً لنصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله يقرره ان أذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك فى المشترى يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه فى القرار المشترى بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما واما بهبة أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشترى للمشترى خاصة بعقد الشراء فلهذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحقت للمستحق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة فى شئ والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤاخذ بالعقر بسبب الشراء فى الحال ولا يؤاخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتهما بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما فى البيع كفعلهما ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشترى أو أبرأه منه جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

اذا أبرأ المشترى عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يجز ابراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة* وان كان الشريك هو الذى وهب الثمن من المشترى جاز فى نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل اذا أبرأ المشترى فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وان أقاله البيع جاز عليه وعلي الذى ولى البيع لان الاقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان . قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لانه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة عينة وصورة العينة أن يشترى عينا بالنسيئة باكثر من قيمته ليبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكى العنان وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة اذا كان فى يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما اذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة . قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم اليه صاحبه فى طعام كان جائزاً على شريكه) لان قبول السلم من صنيع التجار « فان قيل » كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل فى حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل « قلنا » هذا فى شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم تبع ما فى ذمته والتزام ضمان ما فى الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة ما لو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم . قال (واذا باع أحد المتفاوضين عبدا بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لان الشركة انقطعت بينهما بالموت فانما تبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك الى العاقد أو الي من قام مقامه بعد موته من وصى أو وارث ولكن ان أعطاه المشترى نصف الثمن برئ منه لان نصف الثمن ملكه اذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه اليه فاذا دفعه المشترى اليه بنفسه برئ

استحسانا كالمشترى من الوكيل اذا دفع الثمن الي الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مفيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبعد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشتري ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشراء اذا كان مقيداً كان صحيحا كالمولى اذا اشترى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئاً من مال المضاربة من المضارب كان صحيحاً . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعاما يجمله رزقا لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئاً من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلا) لان هذا العقد غيرمقيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مقيداً كان باطلا لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغواً واللغو لا يكون مشروعا * وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الا خر للتجارة كان جائزا لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة مالم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتي يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لاحدهما ميراثا اشتراها الآخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضى لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتي يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذافقد موته حكما ولانه صار حربيا ولا عصمة بين الحربي في دار الحرب والمسلم فى دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبقى وان رجع مسلما قبل ان يقضى القاضى بلحاقه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل بردة الوكيل ولحاقه ما لم يقض القاضى به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحا كم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلما فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتمويت القاضى اياه حين قضي بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على ردته لم يلزمه ذلك الدين فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه فى حال ردته وكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد ردته وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذاقتل أولحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته . قال (وبيع أحد شريكى العنان وشراؤه واقراره بالدين بجهة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك فى حقه وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على ردته لم يلزمه من ذلك شئ وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوب حكمه فى حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أومات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالبا به . قال (واذا باع أحد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشترى بافتراقهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل ذلك بافتراقهما ما لم يعلم به المشترى حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك بافتراقهما مالم يعلم به وهذا لان المشترى بمنزلة الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصداً لا يثبت فى حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذى ولى البيع لان حكم العزل يثبت فى حقه لما علم به اذ لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به . ألا ترى أن الوكيل ينعزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصداً . قال (وان وجد المشترى به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذى ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعاقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه لانه في النصف كان وكيلا فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه . قال (ولو كان رده على شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بنقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الا خر مطالبا بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر الديون . قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بابطال المستحق وتبين ان رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشترى ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحاً الى وقت الرد وانما وجب الثمن على البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشترى ان يطالب به الآخر. قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك فى الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه مابقيت الشركة بينهما ﴿فان قيل﴾ عمل الخياطة مستحق على من باشر السبب والآخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط على الخياط ان يخيط بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿ قلنا ﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التى هى ركن المفاوضة لا تحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة فلا جرم اذا تفرقا أومات الذى قبض الثوب لم يؤاخذ الآخر بالعمل لان الموجب للاتحاد هو الشركة وقد انقطعت وانما بقى معنى الكفالة فكان الشرط على الخياط فلا يطالب الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذى قبل بطل هذا التقبل لفوات المعقود عليه وهذا نظير مالو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط على الخياط العمل بنفسه هذا لاتجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة فى ايفائه فتصح الكفالة وبعد صحتها اذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموته . قال (واذا كان بين رجلين كر حنطة وكر شعير ولم يأمر أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الآخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك و كل واحد منهما فى التصرف كالاجنبي من صاحبه فيكون غاصباً للدابة ولنصيب شريكه من الشعير بحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير اذا تلفت بحمله وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه فى الحمل كما أنه وكيل صاحبه فى التجارة فلهذا لم يكن ضامناً. ثم ختم الباب فى الاصل بما اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملا بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة فى هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان فى المفاوضة لايجوز اشتراط التفاوت بينهما وفى العنان لايجوز ذلك فى شركة الوجوه الا أن يشترطا التفاوت فى ملك المشترى وفي التقبل يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في التقبل فاما مع اشتراط التساوي في أصل التقبل لايصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضاً أن الربح بينهما علي الشرط والوضيعة بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما فى أصل التقبل لكانت الوضيعة على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان فى التقبل هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت فى العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت فى الربح فاما فى شركة الوجوه هما متساويان بثمن فى ذمتهما فمع التساوى فى ملك المشترى لايصح منهما شرط التفاوت فى الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تتقوم بالعقد فمنفعة كل واحد منهما تتقوم بقدر ماشرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشترى فانه يتقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شئ من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان واذا تقبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما اذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر فى النوادر قياسا واستحسانا فى هذا الفصل في القياس لايطالب الا من تقبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لايتضمن الكفالة ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لايطالب الاخر به فكذلك اذا تقبل العمل وفى الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا التقبل مقصود بالشركة فيما هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآجر استحسانا لانه هو المقصود بعقدهما. وبيان كونه مقصوداً أن

الشركة التى بينهما لاتنفك عن هـذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبى يوسف رحمهما الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحـدهما استحسانا أيضا وانه لو ادعي عينا فى يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقر به نفذ اقراره فى نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد رحمه الله فى هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقراره بالدين وما يتلف بجناية في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قـد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشئ من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لان وجوب ضمان ماجنت يده باعتبار العمل وما فى العمل كالمتفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليـه وكذلك الاقرار بالعين فان الشركة لاتنفك من ذلك لان من يسلم الى أحدهما العمل فلابد له من أن يسلم اليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند اقامة العمل فاذا لم يصح اقراره فى حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهذا أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (واذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسـدة) لان صحـة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لاتجوز الوكالة فيه ولو وكل انسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيـل وكان الحطب الذى لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لان كل واحد منهما فى المعنى يوكل صاحبـه بمباشرة بعض ذلك العمـل له ولان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولاضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف مايكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة فى المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه اذا باع لان البدل يملك بملك الاصل فان احتطب أحـدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذى احتطب لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسـد فيلزمه أجر مثله ولايجاوز به نصف الثمن فى قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا مابلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمي فيعتبر رضاه فى اسقاط حقـه فى المطالبة بالزيادة على ذلك ٭ ألا ترى أنه لو استأجر

حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمى وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية اذ المنافع لا تتقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد على المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه لا يدرى أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أم لا والرضا بالمجهول لا يصح فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا أصاب شيئاً أولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فلهذا لا يجاوز به المسمى وعلى هذه الشركة فى سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فاذا عملا ذلك وخاطاه ثم باعا قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن في البيع انما يقسم على ماليه المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما فى النصف لانهما استويا فى الاكتساب وقد كان المكتسب فى أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان فى يده والظاهر يشهد له فى ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعى خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئاً كان فى يد صاحبه ولا يستحق المرء ما فى يد غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكانها أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل فى هذه الاشياء لا يجوز فانها على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن ما يلبنان من طين لا يملكه أحد أو يطبخانه آجرا أو يشركان على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا يصح التوكيل به لكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه. قال (وان كان من طين النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطحناه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه فى هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد منهما وكذلك سهلة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشتريانه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء لا يشتريانه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا فى الاصطياد فنصبا شبكة أو

أرسلا كلبا لهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائهما فى السبب الموجب للملك وهو الاصطياد وان كان الكلب لاحدهما فأرسلاه جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر فأثخناه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له فى ذلك . قال(واذا أرسل كل واحد منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه أحد الكلبين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخناه جميعاً فقد تقررت المساواة بينهما فى السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر بعير على ان يؤاجرا ذلك فما رزقهما الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤاجر دابته ليكون نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك على أن يكون جميع الأجر لي كان باطلا فكذلك اذا قال على أن يكون نصف الأجر لى وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببدل العين وكذلك اذا قال بع دابتك على أن يكون نصف ثمنها لى كان باطلا فكذلك فى الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل والمالك يبيع دابته ويؤاجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلهذا بطل التوكيل في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً لعين لانه يتعين في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل معلوم قسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل وأجر البعير لان الاجر بدل المنفعة للدابتين وأجر المثل فى المنفعة كالقيمة فى العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما على قيمة كل واحد منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير فالاجر بينهما نصفان لان استحقاق الاجر بتقبل العمل وقد استويا فى ذلك وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه على الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذى أجر فى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالي عليه أجر مثله بالغا ما بلغ وهذه والمسألة الأولى سواء . قال (وليست الشركة فى اجارة الدواب بأعيانها مثل الشركة فى عمل أيديهما بأدائهما) حتى اذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين وللآخر بيت على ان يعملا بأداة هذا فى بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل العمل والعمل بالتقبل يصير مضمونا على كل واحد منهما والتوكيل فى ذلك صحيح فكذلك الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما . قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة وللآخر إكاف وجواليق على أن يؤاجر الدابة علي أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل فى مثله لا يصح فان أجر الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل علي الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجواليق يتأتى الحمل بدونهما فلا يقابلهما شئ من البدل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد فله أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الى رجل يؤجرها علي ان ما أجرها به من شئ فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتبارا للعقد الوارد علي المنفعة به بالعقد الوارد على الدين ولو دفع الدابة اليه ليبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله فى اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل وللذى أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة فى ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المعقود عليه لا بد ما حمل عليه من المعقود عليه ولصاحب الدبة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

في هذه كالدابة اعتبارا لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : إعلم بان الاصطياد مباح في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسببه يكون مشروعا وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس . والحيوانات نوعان . نوع منها مالادم له فلا يحل تناول شئ منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعا وذلك لا يتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذى يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهى الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى . والمستوحش نوعان منها صيد البحر لا يحل تناول شئ منها سوي السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخلب لنهى النبي صلي الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير ولمعنى الخبث فيهما فان من طبعهما الاختطاف والانتهاب فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعا وانما أبيح لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل التناول منها فيما يحل منها بالذكاة قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية محظور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ماهو محظور عقلا كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم فى الذبح والاصطياد تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمى فيكون ذلك سبباً مباحا اليه وأشار الله تعالى فى قوله هو الذى خلق لكم ما في الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود فلا يكون محظوراً عقلا كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة فى وقتها .

والذكاة لغة التوقد والتلهب الذى يحدث فى الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدة الحرارة وسمى الرجل الذى فى خاطره حدة ذكياً فبهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطييب اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكى أطيب لحما من الميتة وأبعد من التنسيس والفساد . وقيل الذكاة عبارة عن تسييل الدم الفاسد النجس فان المحرم فى الحيوان الدم المسفوح قال الله تعالى في جملة المحرمات أو دماً مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطييباً بتميز الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح فى المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وبالجرح فى أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففى كل موضع يكون الذبح فى المذبح مقدوراً له لا يثبت الحل الا به وفى كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل التناول بالاصطياد مختص بشرائط (أحدها) أن يكون ما يصطاد به معلما (والثانى) أن يكونا جارحاً قال الله تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله) وفى معنى الجوارح قولان (أحدهما) أن يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه (والثانى) الكواسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حمله عليها فنقول الشرط أن يكون من الكواسب التى تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك فى السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل. فلما حرم التناول عند عدم الارسال فى أحد الكلبين دل أن الارسال فى ذلك

شرط ولان التذكية انما تكون موجباً للحل اذا حصل من الآدمى فلا بد من جعل آلة الصيد نائبا عن الآدمى ليحصل الحل بفعله وذلك لايكون الا بالارسال واشتراط كونه معلما لتحقق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعاً ومستوحشاً (والسابع) أن لايتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدرى لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضى الله تعالى عنهما بقوله كل ما أصمت ودع ما أنمت والاصماء ما رأيته والانماء ماغاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدرى لعله لو تبعه وقع فى يده حياء وقدر على ذبحه فى المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متي اجتمع فى الصيد لعل وعسى أن لايحل تناوله . واليه أشار النبي صلي الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لاتدرى أن الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب ببيانه مروى عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا أن يكون رأسه محدداً وقيل سهم لاريش له فربما يصيب السهم عرضاً يندق ولا يخرج وهو مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والحرق هو الخرق الا أن لفظة الحرق تستعمل فيما لاحياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل فى الحيوان وقد بينا أن الحل باعتبار تسييل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق فان ذلك فى معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضربها انسان فوقذها فألقاها على كناسة وهى حية فسألنا سعيد بن جبير فقال ذكوها وكلوها وبه نقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جاز تناولها لقوله تعالى الا ماذكيتم ولحصول ماهو المقصود وهو تسييل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الا كل وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله قالوا الكلب اذا أكل من الصيد الذى أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالي لايحرم وهو أحد قولى الشافعى رضى الله تعالى عنه لحديث أبى ثعلبة الخشنى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال فى صيد الكلب كل وان أكل الكلب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيداً وتناول الكلب من لحم الصيد لا يحرم مابقى منه على صاحبه كما لو فتش فى مخلاة صاحبه وتناول شيئاً من القديد من لحم الصيد . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوله لعدى ابن حاتم رضى الله عنه فان أكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه وتأويل حديث أبى ثعلبة الخشنى رضى الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ فى دم الصيد وعندنا ذلك القدر لايحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كما لو انعدم الارسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما فى البازى يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازى أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الاكل وبه نأخذ وفي أحد قولى الشافعى رحمه الله تعالى البازى والكلب اذا أكل من الصيد لايحل لما بينا أنه يمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا علي وجهين (أحدهما) أن جثة الكلب تحتمل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الاكل وجثة البازي لاتحتمل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثانى) ان الكلب ألوف وعلامته علمه أن يأتى بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلايكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الاكل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد الكلب أن يكون معلماً والبازى متنفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الأكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لايتأتى فى الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازى ثم الحكم فيه وفى الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما فى الكلب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبى ليلي رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كلحمه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكنا نقول هذا دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب مايعلم أن صاحبه لايرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك فكان دليل عامه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالوأكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب المجوسى أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصياد مرسل الكلب لا مالك الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به يوجب الحل فان كان للمجوسى كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) فى الرجل يرسل كلبه فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصياد معه قال لا يؤكل وبه نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكلبين والاصل انه متى اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب الموجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه . قال من رمى صيداً فتردى من جبل فلا يأكله فانى أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا فوقع فى ماء فلا تأكله فانى أخاف ان يكون الغرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة . فان الله تعالى ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى الموجب للحل ومعنى الموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة وهذا بخلاف مالو رمى طيرا فى الهواء فوقع على الارض ومات فانه يؤكل وان كان من الجائز أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع في الماء والتردى من موضع فانه يستطاع الامتناع عنه ويستوى في ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش فى الماء غير مجروح فأما بعد الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى بعد الذبح من موضع أو وقعت فى ماء لان قطع الحلقوم والاوداج زكاة مستقرة فانه يحادى بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمى ليس بزكاة مستقرة حتى اذا وقع الصيد في

يد الرامى حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردي من الجبل والوقوع فى الماء محرما له *وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قومى يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأ كل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أ كل كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذي ناب من السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأ كول اللحم وهو مذهبا. وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضى الله تعالي عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤ كل لحمه قال نعم فقيل أشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا فى ذلك الحديث الذى روينا وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أ كل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولانه ذو ناب يقاتل بنابه فلا يؤ كل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذ كرنا أنه مستخبث باعتبار ما فيه من القصد الى الاذى والبلادة فيدخل فى جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث . وحديث جابر رضي الله تعالى عنه ان صح فتأويله انه كان فى زمن الابتداء ثم انتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف فى أن الضبع صيد بحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأ كول اللحم فأما معنى حديث أبى الدرداء رضي الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازى والعقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفي ذ كر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الا كل هذا الخلق الردئ وفى المجثمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يجثم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يجثم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأ كول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع ما يقصد بنابه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد فعرفنا ان المحرم ما بينا. وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أ كل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأ كل الجيف كالغراق والغراب الابقع مستخبث طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الخبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم فى الحل والحرم وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذى يلتقط الحب فهو طيب مباح لانه غير مستخبث طبعا وقد يألف الآدمى كالحمام فهو والعقعق سواء ولا بأس بأكل العقعق فان كان الغراب بحيث يخلط فيأكل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرمة (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فانه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى قد تخلط أيضاً وهذا لان ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط وعن ابن المسيب رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ان تنخع الشاة اذا ذبحت وبه نأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفى هذا زيادة ايلام غير محتاج اليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الاشعث الصبغانى رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة واذا قتلتم فأحسنوا القتلة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والنخع ليس من الاحسان فى شئ وكان منهيا عنه وروى كراهية ذلك عن عمر وابن عمر رضى الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضي الله تعالى عنه لا تجروا العجماء الى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا المر على الاوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضى الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ذبح لم ينخع ولم يبد بسلخ حتى تبرد الشاة . وفى هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وان ذلك ليس من ترك الترحم فى شئ بخلاف ما قاله جهال المتقشفة وفيه دليل على انه ينبغى للذابح أن يتحرز عن زيادة ايلام غير محتاج اليه (وعن) عكرمة رضي الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات . وبه نأخذ فنقول يكره له ان يحد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة ايلام غير محتاج اليه . وضرب عمر رضى الله عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأي رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجرها الى المذبح فقال قدها الي الموت قودا رفيقا وفى رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف مايراد بها كما جاء فى الخبر أبهمت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة ولكن الشاة لاتحرم بشئ من هذا لان ماهو المطلوب من الذكاة وهى تسييل الدم النجس منها قد وجد والنهى لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وافراء الاوداج والانهار التسييل ومنه سمى النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرىء والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانهما منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع الاوداج بالقوة لا بحدة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة والعظم المنفصل اذا كان محدوداً اختلاف نبينه (وعن) عامر قال لابأس بذبيحة الاخرس اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه نأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه الشفتين بمنزلة البسملة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا فى الصلاة كما يكون الناطق شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك باعتقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسى واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض فبعذر الخرس أولى (وعن) على رضى الله عنه فى الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال لابأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضى الله عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه نأخذ لانه أتى بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك فى إباحة أكله ويكره هذا الصنيع لانه زيادة ايلام غير محتاج اليه وان بدأ من قبل القفا فان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت الشاة حلت فان ماتت قبل أن تقطع الحلقوم والاوداج لم تؤكل لان فعل الذكاة بقطع الحلقوم والاوداج عند القدرة وان ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما اذا مات قبل قطع الحلقوم والاوداج (وعن) سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على ان أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء فى ذلك لان الكل فى المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال اذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضى الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وان أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغى أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره واذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغى أن يقدم ذلك علي فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحر لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث ان النبي صلي الله عليه وسلم لما ضحى عن أمته قال هذا عمن شهد لى بالبلاغ الي يوم القيامة انما قال بعد الذبح لا معه (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيراً من ابل الصدقة قد ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه . وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح فى أى موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم ان لها أوابد كأوابد الوحش أى أن لها تنفرا واستيحاشا كما يكون الوحش الا ان الاغلب من حالها الالاف والوحشى أغلب حاله التوحش فاذا صار ألوفا التحق بما هو ألوف غالبا واذا توحش التحق بالوحشي غالبا والمراد بابل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينحر لاطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتابة بن رافع بن خديج رضى الله عنه ان بعيراً تردى في نهر بالمدينة فوجئ من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضي الله عنهما عسيرا بدرهمين وفى هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وانه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه فى مهوى فان ابن عمر رضى الله عنهما مع زهده وتفرده رغب فى الشراء منه والعسير تصغير العسير وقد روى عشيراء وهو واد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بعير فى بئر ولم يقدروا أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. ففى هذا بيان أن السنة فى البعير النحر وفي البقر والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذى جاء فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سبعة والبقرة عن سبعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف معلوم فى لسان العرب قال القائل * علفتها تبنا وماء باردا * أى وسقيتها ماء باردا لان الماء لا يعلف وعن على رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة ليست بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة بكون الآخذ مجوسيا أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكى وحيث لم يشترط فى السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره قال كله كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة والثانى بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتا فلا بأس بأكله لان موته لا بد أن يكون بسبب فانه بحرى الاصل برىّ المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحصر عنه الماء يصير جرادا فاذا مات فى البر فقد مات في غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات فى غير موضع معاشه وذلك سبب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ماروى أن مريم رضى الله عنها سألت لحما هشا فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعا بأكل الجراد حتى قال يوما فى مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا خريتة بقفيز من حنطة فوضعناها فى زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا على رضى الله عنه فقال لى بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال ففى هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه سئل عن الحريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأسا فأما أهل

الكتاب فيكرهونه. وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون الحريت ويدعون قول علي رضى الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن الحريت من جملة الممسوخات وهذا باطل فان الممسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل الحريت نوع من السمك والسمك مأكول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذى لا يعنى المرء مما ورد النهى عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه أتاه عبد اسود فقال انى في غنم لاهلي وانى سليل الطريق أفأسقى من لبنها بغير اذنهم فقال لا فقال انى أرمى الصيد فاصمى وأنمى قال كل ما أصميت ودع ما أنميت . قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الا صماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بينا أن ما لا يستطاع بالامتناع عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعي أن يسقى من لبن الغنم بغير اذن أهلها فان ابن عباس رضى الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعى أمر بالرعى والحفظ والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة غنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذى جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعى الغنم فاستسقاه اللبن تأويله ان ذلك الراعى كان يرعى غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه (وعن) موسى بن طلحة رضى الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرنبا مشويا قال لاصحابه كلوا قال الاعرابى انى رأيت دما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بشئ وقال للاعرابى اذن فكل فقال انى صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب مأكول وقد قبل رسول الله صلي الله عليه وسلم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك (وقول) الاعرابى انى رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبة تحيض كالنساء فبين

رسول الله صلي الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشئ . وفيه دليل علي أنه لا بأس للمهدى ان يأكل من هديته فان النبي صلي الله عليه وسلم دعاه الي الاكل وانما بعث ليتمم مكارم الاخلاق فما كان يدعو أحدا الى ما يخالف ذلك وفيه دليل علي أنه اذا دعى الى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول انى صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحثهم علي ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل علي أن الافضل ان يكون صومه في الايام البيض لقوله صلي الله عليه وسلم هلا جعلتها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في لياليها من أول الليل الى آخر الليل فكأن الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روى ان آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط الي الارض بعد زلته اغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الاول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلي الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت ان تطعمه اياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أتطعمين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالي يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومى فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال أكل الضب علي مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله تعالى عنه كان ينظر اليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضى الله تعالي عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لانه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصدق به ولو لم يكن كراهية الاكل للحرمة لامرها بالتصدق به كما أمرها به فى شاة الانصارى بقوله أطعموها الاسارى والحديث الذى فيه دليل الاباحة محمول علي أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الاباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لانه من الممسوخات على ما روى أن فريقين من عصاة بنى اسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسخ الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنازير (وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور .ثم قد بينا أن الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بممسوخ وان نسخ قوم من جنسه ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث لكونه مستخبثا طبعا كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم حنين حمرا أهلية فذبحناها وأن القدر لتغلي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفئوها بما فيها ونهى عن أكلها فقلنا بيننا انما حرمها لانها نهبة لم تخمس فلقيت سعيد بن جبير رضي الله تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرمها البتة .وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلي وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى ان عائشة رضى الله عنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية (وعن) طاوس قال قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون ان لحم الحمار الاهلي حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول ذلك عندنا بالبصرة فأبى ذلك الحبر يعني ابن عباس رضي الله عنهما وفي حديث الجر بن غالب رضي الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لي من مالي الا حميرات فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فاني انما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار الاهلي بالوحشي فانه مأكول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه مأكول فالاهلي من جنسه مأكول كالابل والبقر وما لا يكون أهليه مأكولا فوحشيه لا يكون مأكولا كالكلب والسنور وحجتنا في ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرمها يوم خيبر لقلة الظهر لانه أمر باكفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانها نهبة لم تخمس فانه كان مأكولا فللغانمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرمها لانها حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الجيف كالجلالة فانه خص الحمر الاهلية بذلك وفي هذا المعنى الحمار وغيره سواء فعرفنا انه حرمها البتة (وقد) روى انه أمر أبا طلحة رضى الله عنه فنادى ألا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمر الاهلية فانها رجس وروى ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن متعة النساء وعن الحمار الاهلي ولما بلغ عليا رضى الله عنه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمر الاهلية زمن خيبر فترجح الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الحبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل

ان لنا أحمرة عجافا * يأكلن كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الاكاف وما نقلوه عن ابن عباس رضى الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالاية لتركبوها وزينة على ماتين وعائشة رضى الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لامشابهة بينهما معنى والمشابهة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشيا عفيراً أو رجل حمار وحشى فأمر أبا بكر رضى الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر بالا كفاء للقدر فى لحم الحمار فقد ورد مثله فى الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلي الله عليه وسلم فى سفر فأصابتنا مجاعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذناها وان القدور لتغلي بها فأمرنا رسول الله صلي الله عليه وسلم با كفاء القدور ومعلوم أن تضييع المال لايحل فعرفنا أن الامر با كفاء القدور فى الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحريث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فكتب الينا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي . وبهذين الحديثين يستدل من يرخص فى لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله تعالي وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ فى كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله فى لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبنى أكله وما قال فى الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالي قال لابى حنيفة رحمه الله اذا قلت فى شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل فى الاسواق من غير نكير منكر ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه مأكول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه فى الحرب فلهذا نهاهم عن أكله لا لحرمته وحجة أبى حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالي والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل ولو كان مأكولا لكان الاولى بيان منفعة الأكل لانه أعظم وجوه المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه فى الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولانه ضم الخيل الى البغال والحمير فى الذكر دون الانعام والقرآن فى الذكر دليل القرآن فى الحكم وبنحوه استدل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما حين كره لحم الخيل كما روى عنه في الكتاب وفى حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدام بن معد يكرب رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل الموجب للحرمة يترجح فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان فى الابتداء قبل النهى ولان نتاجه غير مأكول وهو البغل لان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه حكمها في الحل والحرمة فاذا لم يكن مأكولا عرفنا أن الخيل ليس بمأكول * ثم الخيل تشبه البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلى بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر وقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة فى سؤر الفرس كما في لبنه وانما جعل بوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير فى تخفيف حكم النجاسة ومن قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالآدمى من وجه ومن حيث انه يحصل ارهاب العدو به ويستحق السهم من الغنيمة والآدمى غير مأكول لكرامته لا لنجاسته والخيل كذلك كره أكلها علي طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل طاهرة السؤر وجعل بوله كبول مايؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بثمن كلب الصيد وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص فى ثمن كلب الصيد وبه نأخذ فنقول بيع الكلب المعلم يجوز وعلى قول الشافعى رحمه الله لايجوز بيع الكلب أصلا معلما كان أو غير معلم لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغى وأمر رسول الله صلي الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا متقوما لما أمر بذلك ولان

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير والدليل عليه انه لو كان محل البيع لم يفترق بين المعلم منه وغير المعلم كالفهد والبازى . وحجتنا فى ذلك ماروواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهى والتحريم فبه يتبين تيسيرا انتساخ ماروى من النهى وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك فى ثمن منتفعاً به من الكلاب وهو كلب الصيد والحرث والماشية وقد جاء فى حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلاب الا كلب الصيد والحرث والماشية وروى أنه قضى فى كلب الصيد بأربعين درهما وفي كلب الحرث بفرق من طعام وفى كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان رضى الله تعالى عنه أنه قضي علي رجل أتلف كلبا لامرأة بعشرين بعيراً والحديث له قصة معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعا به أنه يحل الانتفاع به فى حالة الاختيار ويجوز تمليكه بغير عوض فى حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تمليكه بالعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لايحل فى حالة الاختيار كالخمر ولا يجوز تمليكه قصداً بالهبة والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لوباع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذى لايجوز بيعه العقور منه الذى لايقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب وهكذا يقول فى الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به فحينئذ لا يجوز بيعه والفهد والبازى يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن) جابر بن عبدالله رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث فى السنور حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصغى لها الاناء فتشرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصغى الاناء للهر ليشرب منه ثم يتوضأ . وفي هذا دليل على انها ليست بنجسة وقد نص علي ذلك بقوله انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول على أنه كان فى الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتابى ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وانما يشترط أن يكون المرسل مسلما أو كتابياً لان الاصطياد فى كونه سبباً للحل كالذبح والاهلية للذابح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط فى جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصاً لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وانما يتحقق ذلك ممن يعتقد توحيده جلت قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابى فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى علي الخلوص فلهذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيده . قال (واذ ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعى رحمه الله والمسلم والكتابى في ذلك سواء) وان ترك ناسيا لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالي وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضى الله عنهما وكان على وابن عباس رضى الله تعالى عنهما يفصلان بين العامد والناسى كما هو مذهبنا وقد كانوا مجمعين على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وانما يختلفون اذا تركها ناسيا وكفى باجماعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعى رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء ابن عازب وأبى هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم وفى رواية قال ذكر اسم الله تعالي فى قلب كل مسلم وكون الذكر فى قلبه في حالة العمد أظهر منه فى حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضى الله عنهما عن متروك التسمية ناسيا قال يحل تسمية ملته وفى اقامة الملة مقام التسمية لا فرق بين النسيان والعمد وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلي الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتوننا بلحوم فلا ندرى أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالاكل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفى المأمورات لا فرق بين النسيان والعمد كقطع الحلقوم والاوداج وكالتكبير والقراءة فى الصلاة انما يقع الفرق فى المزجورات كالاكل والشرب فى الصوم لان موجب النهى الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقاداً فأما موجب الامر الائتمار والتارك ناسيا أو عامدا لا يكون مؤتمراً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندبا لا حتما كالطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه ندب وليس بحتم فهذا هو طريق اليه أولي والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطا لما حلت ذبائحهم لانهم وان ذكروا اسم الله تعالى فانهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ومطلق النهى يقتضي التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضى حرمة كل جزء منه والهاء في قوله تعالى وانه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية عن المذبوح فالمذبوح الذى يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقا أهل لغير الله به وفى الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالي لان التحريم بوصف دليل علي أن ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية علي الميتة وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالي حتى انه وان ذكر اسم الله تعالى لم يحل وقال تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالي فاذا وجبت جنوبها أى سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه فى تفسير الآية ذكر اسم الله تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية والمراد التسمية عند الارسال فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر الوجوب وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف علي الشرط شرط وأكد ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنت انما سميت على كلبك ولم تسم علي كلب غيرك . فعلل للحرمة بانه لم يسم علي كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم علي كلب نفسه وشئ من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتابى تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق يعقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فبه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا ببناء الحكم فى حق أهل الكتاب علي ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله تعالى علي سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون فى المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

فعرفنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم انا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركين لأنهم كانوا يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينافالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف الطبخ والأكل فانهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندبا ألا ترى ان فى حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولان العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن يجعل مسمياً حكما بخلاف الناسى فانه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير المعذور أصل في الشرع فى الذبح وغير الذبح ألا ترى أن فى اعتبار الذبح فى المذبح يفصل بين المعذور وغيره وفى الأكل فى الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالمأمور والمزجور فالاكل فى الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع فى الاحرام كذلك ولكن متى اقترن بحالة مايذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح الانسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على انه اذبح على اسم الله تعالى اذا كان ناسياً غير معرض بدليل انه ذكر في بعض الروايات وان تعمد لم يحل وحديث عائشة رضى الله تعالى عنها دليلنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وانما أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً لمن اشترى لحما فى سوق المسلمين يباح له التناول بناء على الظاهر وان كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي * ثم التسمية فى الذبح تشترط عند القطع وفى الاصطياد عند الارسال والرمى لان التكليف بحسب الوسع وفى وسعها التسمية عند الرمى وليس فى وسعه التسمية عند الاصابة فتقام التسمية عند الارسال والرمى مقامه كما يقام الجرح فى المتوحش مقام الذبح فى المذبح فى الاهلى ولان التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطياد فعله الارسال والرمى وعلى هذا لو أضجع شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل ولو رمى سهما الى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكينا وسمى ثم تركها وأخذ سكينا أخرى أو أرسل كلبه الى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب فى فوره ذلك الصيد وغيره حل الا كل وجهله ليس نظير النسيان • ألا ترى أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان وكذلك لو نظر الى قطيع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه على جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل لان التعيين فى الاصطياد ليس فى وسعه والتعيين فى الذبح في وسعه . قال (ولو أرسل كلبه ولم يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوقه والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان انزجر بزجره وأخذ الصيد حل لان اتباعه لم يكن فعلا معتبراً فان فعل العجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمى فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقترنت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل المسلم كلبه علي صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت بالارسال ولو كان المجوسي هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى يحرم فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فأما اذا انبعث الكلب والبازى علي أثر الصيد بغير ارسال ثم زجره صاحبه فان لم ينزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم فيأخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجر في القياس لا يحل أيضاً لان زجره ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن فى يده حين زجره وبدون الارسال لا يحل صيد الكلب ولكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال والصياد قد يبتلى بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر الى صاحبه ليزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من الصيد فيتمكن من أخذه ثم ابعاثه لم يكن فعلا معتبراً فالحاجة الي ابتداء الفعل لا الى فسخ الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الى فسخ فعل معتبر والفسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً فى الطريق فألقى انسان حجراً على شفيره فيعثر انسان فى الحجر حتى هوى فى البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو نحى حجرا من

شفير البئر أو جاء به سيل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان على الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقى حكم فعله بخلاف الاول . قال(واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطاع الامتناع منه والتوارى عن بصره لا يستطاع الامتناع عنه خصوصاً فى القناص والمستأجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدرى الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبازى والرمى والحكم متى ظهر عقب سببه يحال عليه كما لو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلا له ولكن نستدل بما روى أن رجلا أهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم صيدا فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته الليل وفيه من باقى فقال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لى فيه وقال ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والانماء التوارى عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطاع الامتناع عنه جعل عفوا فأما ترك الطلب مما يستطاع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فلعله لو لم يترك الطلب وجده حياً فذكاه فمن هذا الوجه يكون تاركا ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب كما لو وقعت الرمية فى الماء . قال(واذا أرسل كلبه أو بازيه على صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيود فهو كله حلال ما دام على وجه الارسال)لان الارسال قد صح من المسلم موجباً للعمل فما نأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له على صاحبه يحل وتعيين الصيد فى الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فانه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لايحل ولكننا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذه وهو الارسال فأما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازى والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعا فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلا فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل ﴿ فان قيل ﴾ كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه ﴿ قلنا ﴾ انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه ليأتيه فيأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل العجماء معتبر في نسخ حكم فعل الآدمى به كمن أرسل دابة في الطريق فتركت سنن الارسال وذهب يمنة أو يسرة فأتلفت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حى فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالمتيمم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو وهنا لم يقدر على الاصل فبقى ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكنا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع في يده حياً وهذا قد وقع في يده حياً فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت لجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذى جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقى فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاوداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع فى يده حياً وموته مما أصابه وحياته موهوم فانما ينبنى الحكم على ماهو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً في يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال(والكلب الكردى والاسود في الاصطياد به اذا كان معلما كغيره لقوله تعالى تعلمونهن مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطياد بالكلاب الفقهية المسترخية الآذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئا من السباع حتى جعل يصيد به مثل عناق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب. قال(وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال(قال)وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه (ومنه) أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الىّ فلا اذل له فلهذا ينبغى للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره (ومنه)أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره (ومنه)أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثب ثلاثا أو خمسا فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسى فيما أعمله لغيرى وهكذا ينبغى لكل عاقل .قال(واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله)لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله تعالى عنه واذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة وكذلك ان رد الصيد عليه حتى أخذه أورده عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفعلين والبازى في ذلك كالكلب لان فعل ماليس بمعلم يحرم

الصيد والبازي والكلب فيه سواء وان رد الصيد علي الكلب مجوسي حتى أخذه فلا بأس بأكله لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد مأخوذاً بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالا فاما فعل الكلب الذي لم يرسله صاحبه وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذى أرسله المسلم فتتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد الموجب للحل والموجب للحرمة. قال (واذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم) لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفى البازى الاجابة اذا دعاه فكما ان البازى اذا فر منه وامتنع من اجابته لا يكون معلما فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلما ويحرم ما عنده من صيوده قبل ذلك فى قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحرم فى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله* من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلا على كونه غير معلم فى ذلك الوقت وفى المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما لم يأكل منها للشبع لا للامساك على صاحبه. والاظهر أن الخلاف فى الفصلين جميعاً فهما يقولان قد حكمنا بالحل فى الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لفرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوما به لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلا حتى قلنا لا يؤكل هذا الصيد الذى أكل منه ولا ما يأخذه بعده مالم يصر معلما الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا فى بعض ما مضى بالاجتهاد والحل فى الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذى أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زمانا كالخياطة والرمى ونحوهما فى الآدمى ولما وجب الحكم بكونه جاهلا في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلما وانه انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعا وهذا لان الاكل وان كان محتملا ولكن تعين فيه أحد الوجهين بدليل شرعي وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب الى الاحتياط وعليه ينبني الحل والحرمة . قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلما) بأن يصيد به ثلاثا فلا يأكل منها فيحل حينئذ الرابع فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم يؤقت فيه وقتاً ولكن يقول اذا صار عالما فكل من صيده وكذلك الخلاف فى تعليمه فى ابتداء أمره وعلى قولهما انما يحصل بأن يجيبه اذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتا ولكنه قال هو مأكول الى اجتهاد صاحبه فان كان أكبر رأيه انه صار معلما فهو معلم وربما قال يرجع الى أهل العلم به من الصيادين فاذا قالوا صار معلما فهو معلم وحجتنا فى ذلك أن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا يأكل منه الا أن ترك الاكل قد يكون للشبع وقد يكون للامساك على صاحبه فاذا ترك ذلك مراراً على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لامساكه على صاحبه وقدرنا ذلك بالثلاث لانه حسن الاختيار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال فى الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال عليه الصلاة والسلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضى الله تعالى عنه اذا لم يربح أحدكم فى التجارة ثلاث مرات فليرجع الى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته الاجتهاد والرجوع الى من له علم فى ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهذا لان احتمال الشبع كما يكون فى المرة يكون فى المرات (وروى) الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله مثل قولهما فى التقدير بالثلاث الا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لانه انما حكم بكونه معلما حين ترك الاكل من الثلاث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا بأن يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه حل التناول منه كالرابع . قال (واذا أخذ الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فانتهش منه قطعة ورمى بها صاحبها اليه فأكلها لم يفسدهما عليه) لانه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل الى يد صاحبه وبعد ذلك انتهاشه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكأن الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للامساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقى لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول مايعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لايحرم الصيد فكذلك هذا. قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا كحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم) ولانهم يدعون لاثنين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل فى الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد وبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيمااعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلأنه غير مقر على ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبني على الملة . قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر فى الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكه مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاعل فى الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايجاد هذا الشرط . قال (واذا أرسل المجوسي كلبه على صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر فى هذا الجنس الى وقت الارسال والرمى فان كان فيه مجوسيا أو مرتدا لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما فى ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك بردته كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل الاصابة فان كان مجوسيا أومرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك اعتباراً بفعل الرمى والارسال هنا بالذبح فى الشاة . قال(ولا بأس بصيد اليهودي والنصرانى وذبيحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر معنى ولانهم يدعون التوحيد فيتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به فحال الكتابى في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب الشافعى رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما لا يؤكل بردته وهذا لا يوجد فى حق الكتابى وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو يتعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم ذبيحتهم ولكنا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابى وان كانت الحرمة فى حق المسلم باعتبار هذا الوصف فكذلك فى حق الكتابى (وقد) روى عن على بن أبى طالب رضي الله عنه قال واذا سمعتموهم يذكرون اسم المسيح على ذبائحهم فلا تأكلوا . قال(فان تهود المجوسى أو تنصر تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا يجوز اخباره على العود الى دعوى اثنين واذا كان مقراً على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً فى الاصل . قال(وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل ذبيحته وصيده عندنا)وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لابويه واعتبار جانب أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم والمجوسى فى الاصطياد والذبح وحجتنا فى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شاكراً وإما كفورا فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولان أحد الابوين ممن تحل ذبيحته فيجعل الولد تابعاً له كما اذا كان أحد الابوين مسلما والآخر مجوسياً وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يترجح الموجب للحظر عند المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعاً للكتابي منهما . قال (فأما ذبيحة الصابيء وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤن الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلا وانما يعبدون الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالي عندي نظر فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون الكواكب فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجاج أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل السمك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم قيل الطعام من السمك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث أبان بن أبي عياش رضى الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافي من السمك فلم ير به بأساً واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب وحجتنا في ذلك حديث جابر رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر عنه الماء فكل وما طفى فلا تأكل ولا يقال هذا نهى اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن على وابن عباس رضى الله تعالى عنهم حتى قال على رضى الله تعالى عنه للسماكين لا تبيعوا الطافي فى أسواقنا وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما بينا أنه بحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات فى غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات فى غير موضع أصله وهذا سبب لهلاكه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجح على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيج وغيره فى ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفى الكتاب ذكر عن ابن أبى ليلي رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى ما يؤكل جنسه من صيد البر يؤكل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كالخنزير ونحوه لا يؤكل من صيد البر واستدل الشافعى رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفى حديث أبى سعيد الخدرى رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فى سفر فأصابتنا مجاعة فألقى البحر لنا دابة يقال لها عنترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سألناه عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقى عندكم شئ فتطعمونى وحجتنا فى ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فنهى عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستخبث غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث أبى سعيد رضى الله

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسمك وتأويل الرواية الأخرى أنه جوز لهم التناول لضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الاصل عندنا فى اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافي، فان ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك ان وجد فى بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت في جب لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمها فى حظيرة لاتستطيع الخروج منها وهو يقدر علي أخذها بغير صيد فلا خير فى أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك فى الشبكة وهى لا تقدر علي التخلص منها أو أكل شيئاً القاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فماتت فهذا كله سبب لموتها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فماتت فأما اذا ماتت بحر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى احدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفى الرواية الاخرى لاتؤكل لأن الماء لايقتل السمك حاراً أو بارداً (وروى) هشام عن محمد رحمهما الله أنه اذا انحسر الماء عن بعضه فان كان رأسه في الماء فمات لايؤكل وان انحسر الماء عن رأسه وبقى ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال (واذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله) لأن هذا مما لايستطاع الامتناع منه ولأن من عادة البازى هذا أن يقع على شيء وينظر الى صيد ليأتيه من الجانب الذى يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين الفهد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال. قال (واذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحل أكله) لان هذا قدصار أهليا فقدعجز بالفعل الاول عن الاستيحاش والطيران فذكاته بعد ذلك بالذبح فى المذبح لا بالرمى بل الرمى في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة ولأن اثخانه اياه كأخذه ولهذا لوأثخنه أحدهما وأخذه الآخر فهو للاول ولوأخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك اذا أثخنه وان رمى بالسهم الثانى غيره فقتله لم يحل أيضاً لما بينا ويغرم قيمته مجروحا للاول فى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة فى هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثانى بفعله أتلف صيداً مملوكا للاول فيضمن قيمتـه بالصفة التى أتلفه وانما أتلفه مجروحا بالجرح الأول وان علم أنه مات من الجراحتين جميعاً فانه يضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرح الأول ونصف قيمته لحما ذكياً لان النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لان الثانى أفسد عليه اللحم فى ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وان أصابته رمية الثانى قبل أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لان رمية الثانى لم تخرجه من ان يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئاً * واذا كان الصيد يتحامل ويطير مع اصابه من رمية الاول فرماه الاخر فقتله فهو للثانى حلال لانه هو الذى أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والاول كالمقر له والثانى كالآخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعاً معاً أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح وأصابه الرميتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة فى الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأثخنه ثم أصاب السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لان الرمية من الثانى أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك فلا خير في أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك بالشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه فى الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها فى الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمى فلهذا لا يحل أكله ولكنا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لانه رمى الى الصيد وفى الحل المعتبر وقت الرمى لان الحل بالذكاة وهو فعل المذكى وفعله الرمى فأما فى الملك المعتبر وقت الاصابة لان الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمى وعلى هذ لو رمى الى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لان صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه فى ملكه لانه ما أفرخ ليتركه بل ليطيره . بخلاف النحل العسالة اذا

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الارض لانها القت ذلك للترك والقرار فى ذلك الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع فى أرض رجل من السيل يكون له . قال(مالم يحرزه صاحب الدار بالقبض عليه أو اغلاق باب ليحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فاذا فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ انما أخذ صيداً مملوكا فعليه رده على مالكه كمن نصب شبكة فوقع فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد فى أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوقع فى أرض رجل لا يدرى من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذى أخذه) لان الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز قال (وكل من اصطاد سمكا من نهر جار لرجل فهو للذى أخذه)لان صاحب النهر ما صار محرزاً له بل هو صيد فى نهره فالمحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقى السمك فهو لصاحب الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليبس لا يكون صيداً فاذا صار بفعله بحيث يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال(واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسى من جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسى بيد المسلم فذبح والسكين فى يد المسلم قال(واذا أصاب السهم الصيد فوقع على الارض ومات حل أكله استحساناً) وفى القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الارض . وجه الاستحسان أن هذا مما لا يستطاع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى فى الهواء ولا يسقط وان وقع فى ماء أو على جبل ثم وقع منه على الارض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع فى الماء أثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وفى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدى بن حاتم رضى الله عنه وقد بينا ولان من الجائز أن الماء قتله وهذا يستطاع الامتناع منه وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الارض فهذا مترد ومن الجائز أن التردى قتله وقد قال الله تعالى فى جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على مكانه الذى يموت عليه يعنى وقع على شجرة ثم وقع منها على الارض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه فى الماء ثم وقع فى الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سبباً لموته وان وقع على جبل ومات ولو على السطح فمات حل لان الموضع الذى وقع فيه بمنزلة الارض وقد بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضيبة المنصوبة وحد الآجر واللبنة القائمة ونحوها لم يؤكل لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر سوى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفى الاصل قال ان وقع على آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما ذكر فى المنتقى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة. ومراده مما ذكر فى الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو لانه لايستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيداً بسهم فأصاب فمر السهم فى سننه فأصاب ذلك الصيد أوغيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن فعل الرمى يذكى لما يصيبه في سننه سواء أصاب صيداً أو صيدين وان عرض للسهم ريح فرده الى ماوراءه فأصاب صيداً لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامى بل بقوة الريح فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى اذا أصاب صيداً لم يحل وان لم يرده عن جهته حل صيده لانه ما دام يمضي فى سننه فمضيه مضاف الى قوة الرامى فأما اذا رده الريح يمنة أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يحب مضي السهم يمنة أو يسرة فيصير مضافا الى الريح لا الى الرامى وما دام يمضي في جهته فالريح يزيده في قوته فلا ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامى وعن أبي يوسف قال وان رده يمنة او يسرة يحل أيضاً لانه ليس بضد للجهة التى قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يصطادفى يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطاً أو شجراً أو شيئاً آخر فرده فهو ورد الريح سواء فى جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ماوراءه بصلابة الشجر والحائط لا بقوة الرمى وكذلك لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه فأصاب صيداً لم يؤكل وتأويل هذا اذا كان الرامي بالسهم الثانى مجوسياً أولم يكن قصده الاصطياد انما كان قصده الرمى الي

ذلك السهم فأما اذا كان قصد الثانى الاصطياد وسمى فان الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يرد سهما آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لان الحل باعتبار فعل الرامى وجرح الآ لة والسهم الذي رماه للثانى ماجرح الصيد والذى جرح الصيد مارماه الثانى ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة مالوأصاب السهم قصبة محدودة منصوبة فى حائط وأصابت تلك القصبة الصيد بحدها فجرحته وذلك غير مأكول فهذامثله . قال(ولا يحل صيد البندق والحجر والمعراض والعصا وما أشبه ذلك وان جرح)لانه لم يخرق الا ان يكون شيئاً من ذلك قدحدده وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فاذا كان كذلك وخرقه بحده حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسييل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذى يدق فى الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسييل الدم به فهو فى معنى الموقوذة والموقوذة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بحده وجرحه يؤكل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل فى تسييل الدم*وان حدد مروة فذبح بها صيداً حل لحصول تسييل الدم بحد الآلة وفى حديث محمد بن صفوان أوصفوان بن محمد رضى الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروة محددة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما . قال (وما توحش من الاهليات حل بما يحل به الصيد من الرمى) لما بينا من الخبر أن لها أوابد كاوابد الوحش وقد روى عن محمد فى البعير والبقرة اذا نه فى المصر أو خارج المصر فرماه انسان حل به لانه يدفع عن نفسه نصيباً له ويخاف فوته وان كان فى المصر وأما الشاة اذا مدت فى المصر فلا تحل بالرمى لانه يمكنه أخذها فى المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار واذا مدت خارج المصر تحل بالرمى لانه يخاف فوتها خارج المصر فللعجز عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار. قال(واذا أصاب السهم الظلف والقرن فقتله حل أيضاً به اذا أدماه ووصلت الرمية الى اللحم) لان ما هو المقصود وهو تسييل الدم قدحصل وكذلك المتردى في بئر لايقدر على ذكاته فاينما وجىء منه فأدماه فهو ذكاة لان المعتبر وقوع العجز عن ذكاة الاختيار وقد يتحقق ذلك بالتردى فى البئر فهو وماند سواء قال (وان رى صيداً بسيف فأبان منه عضواً ومات أكل الصيد كله الا ماابان عنه)لقوله عليه الصلاة والسلام ماأبين من الحى فهوميت ومرادرسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه فى الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق فى المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر فى الصيد بعد ما مات وهذا العضو مبان من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقى الصيد حياً فلهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون حلالا كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان سواء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أتم ما يكون من الذكاة اذ لا يتوهم بقاؤه حياً بعد ما قطعه نصفين طولا وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي الرأس فابانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الاوداج من القلب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد استقر حكم الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزأ من الذنب وان كان النصف أو أكثر أكل لانه يتقطع الاوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه. قال (ولو ضرب وسمى وقطع ظلفه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن ادماه لم يؤكل) لان تسييل الدم النجس لم يحصل وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الاوداج فانه يؤكل وفى الكتاب رواه عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان فى الذبح * واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة فى المذبح فلم يسل الدم منها وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه يقول لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو تسييل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقد يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبسه وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم يبن ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيود وقد تقدم بيان ذلك. وذكر فى جملة ما لا يؤكل اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبثها فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء ولا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا أن البيع لا يجوز الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعاً به وسائر حيوانات الماء سوى السمك غير مأكول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوماً فان كان شيئاً له ثمن كجلود الحمر ونحوها فبيعه جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز بيعه. قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لنهى النبي عليه الصلاة والسلام عن كل ذى مخلب من الطير فأما العقعق والسودانية واشباه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام فى الغراب فيما سبق. قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما يكره أكله من ذى الناب) لان الزكاة تعمل فيما يؤكل لحمه فى طيبة اللحم وطهارة الجلد وفيما لا يؤكل لحمه يعمل فى طهارة الجلد وان كان لا يعمل فى طيبة اللحم لان الجلد محل قابل لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايما اهاب دبغ فقد طهر فكذلك بالذكاة وقد بينا هذا الفصل فى كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك حالها الى أن تحبس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة وفى رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التى تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيتمين لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذى الناس بنتنها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر فى النوادر لو أن جديا غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكا ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا ينتن وقيل هى تنقش الجيف تبتغى الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضى الله عنه يكره أكل الدجاج

لانه يتناول الجيف . ولسنا نأخذ بهذا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من لحم الدجاج ولو كان فيه أدنى خبث لامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذى روى انه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير ان يكون ذلك شرطاً في الدجاجة وغيرها مما يخلط وانما يشترط ذلك في الجلالة التى لا تأكل الا الجيف وفي الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والاصلح انها تحبس الى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لان الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه الى اعتبار زوال المضر فاذا زال بالعلف الطاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح ﴾

﴿ فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾

﴿ تمت فهرست الجزء الحادى عشر من كتاب المبسوط ﴾